HISTOIRE DU DÉVELOPPEMENT

DU

DROIT ROMAIN

ŒUVRE POSTHUME

DE

R. VON JHERING

TRADUITE DE L'ALLEMAND

PAR

O. DE MEULENAERE
Conseiller à la Cour d'Appel de Gand

PARIS

LIBRAIRIE A. MARESCQ, AÎNÉ

CHEVALIER-MARESCQ ET Cie, ÉDITEURS

20, rue Soufflot et 17, rue Victor Cousin

MCM

PRÉFACE.

Le travail que je publie forme le complément nécessaire de l'étude sur les « INDO-EUROPÉENS AVANT L'HISTOIRE ». Il y était annoncé déjà dans la préface. Je regrette de n'avoir pu le faire connaître plus tôt : j'aurais évité ainsi à l'auteur quelques interprétations erronées sur la portée et l'esprit de son ouvrage. On lui a reproché de s'être livré à une incursion irrévérencieuse sur le domaine de l'ethnologie et de l'archéologie préhistorique, on a critiqué la hardiesse de son entreprise en la qualifiant d'éminemment hasardeuse. Un savant lui a jeté le blâme à raison d'assertions théologiques prétendûment erronées, d'interprétations bibliques empreintes d'un rationalisme trop accentué, d'appréciations inexactes sur la mission du Christ. Un autre lui a adressé le reproche de n'être pas un spécialiste dans la matière, et d'avoir insuffisamment tenu compte des récentes recherches ethnologiques. Il convient de rétablir un peu la vérité des choses. La lecture du travail actuel montrera, j'en suis convaincu, sous son vrai jour, le but poursuivi par l'auteur.

L'éminent écrivain s'était attaché à étudier l'histoire du droit romain d'après une méthode toute nouvelle, dont l'exposé seul, contenu dans l'introduction, peut être considéré comme une œuvre de génie et dont la réalisation aurait certainement produit un monument digne du grand nom de von Jhering, s'il lui avait été donné de l'achever. Remontant aux premières origines du droit que la science, malgré les efforts tentés, laisse encore incertaines, il avait cru que la recherche du véritable état juridique antérieur à tout ce qui nous est parvenu relativement au droit le plus antique de Rome, serait d'un appoint précieux pour la connaissance du droit romain. Il fut amené ainsi à jeter un regard sur le vaste champ de l'archéologie préhistorique parsemé de bien des coins obscurs et mystérieux. Il a jeté quelques fusées dans ces ténèbres pour s'éclairer dans sa route, et trouver l'explication de certaines choses restées dans l'ombre dans un domaine que nul n'oserait lui disputer : l'histoire du droit romain.

On relira maintenant son étude sur les Indo-Européens avant l'histoire, et l'on comprendra que l'auteur n'a pas entendu alimenter la source archéologique en concurrence avec les spécialistes qui s'en réservent exclusivement le monopole, qu'il est venu au contraire y puiser, pour y trouver des richesses restées, avant lui, improductives pour le droit.

Si les recherches consacrées au peuple aryen n'ont pas fourni à l'auteur des preuves décisives à l'appui de ses théories, on se convaincra cependant que la vue attentive des circonstances qui ont accompagné la migration des peuples Indo-Européens lui a donné les indications les

plus précieuses, et lui a ouvert des échappées lumineuses pour la compréhension du plus antique droit romain.

L'étude que j'offre au public porte sur la constitution de la famille romaine. Elle forme un tout original et donne des aperçus nouveaux.

Il fallait que ces choses fussent dites pour dissiper tout malentendu sur les intentions du grand écrivain.

Gand, Août 1900.

M.

INTRODUCTION.

Du but et de la méthode de l'histoire du droit.

Le titre inusité du présent ouvrage indique que j'ai voulu traiter autre chose que l'histoire du droit romain. Ce titre, en apparence, n'est guère heureux, car on peut objecter que l'histoire du droit est nécessairement celle de son développement. Cela est vrai, mais autre chose est l'*histoire*, autre chose la *méthodologie historique*. L'annaliste qui se borne à une sèche juxtaposition de faits historiques ne mérite pas le nom d'historien : est seul digne de ce nom celui qui, non content de pareille énumération, sait nous apprendre la connexion intime des faits qui se succèdent dans l'histoire. Cette connexion n'apparaît pas toujours par elle-même, elle découle des conclusions de l'auteur. En ce sens tout véritable écrit historique est subjectif; lui attribuer un caractère objectif, c'est méconnaître l'essence même de la pensée humaine. Tout fait historique, pour être rapporté, doit traverser l'esprit et recevoir ainsi le sceau de la subjectivité.

Qu'il le veuille ou non, celui qui rapporte se fait juge.

C'est un jugement moral qu'il émet : lors même qu'il s'abstient de toute appréciation, il *juge*, en ce sens qu'il conçoit l'événement d'une manière personnelle, ce qui ne se peut sans un jugement, si inconscient qu'il puisse être. L'image réfléchie par le miroir participe de la pureté du verre et du fini de sa fabrication : l'image du passé participe de l'individualité de l'historien qui la trace. Tel miroir, telle image. Le miroir ne peut changer, l'historien ne peut dépouiller son moi, et il en résulte fatalement que la subjectivité influe sur la conception des faits historiques.

C'est de cet élément subjectif que dépend le progrès de la méthodologie historique. Si les historiens ne succédaient les uns aux autres, apportant sans cesse des conceptions nouvelles, cette partie de la science resterait stationnaire. Mais elle progresse. L'histoire romaine se présente aujourd'hui avec une autre physionomie qu'au siècle dernier; la révolution française est comprise aujourd'hui autrement qu'il y a cinquante ans. La raison en est que des sources nouvelles ont été mises au jour d'abord, et ensuite, que la pensée humaine a subi une évolution. Chaque époque a une conception différente, et le passé prend ainsi une physionomie toujours nouvelle. Il est resté le même; l'image différente sous laquelle il apparaît résulte donc uniquement de l'élément subjectif, de la conception générale de l'époque et de la conception individuelle de l'historien. Dans le cours universel des choses, la lumière du nouveau rejaillit sur le passé. Nous comprenons seulement aujourd'hui bien des choses qui appartiennent à une antiquité ensevelie sous le linceul des siècles écoulés.

Le présent écrit donnera pleine carrière à cet élément subjectif. Je me suis écarté résolument de la méthode suivie jusqu'aujourd'hui pour écrire l'histoire du droit romain. Cela justifie la nouveauté de mon titre et me permet de ne tenir compte d'aucune des conditions auxquelles, d'après les

idées reçues, doit répondre une histoire du droit romain. Ce qui va suivre donnera la clef du but que je poursuis, et de la méthode que je me propose d'appliquer. Mais il est nécessaire à cet effet, que je prouve que jusqu'ici la méthodologie historique n'a pas, dans le domaine du droit romain, accompli sa mission, et pourquoi elle n'a pu la remplir.

Le progrès dans les connaissances s'opère partout par un afflux venant du dehors et se déposant au dedans. L'homme n'aperçoit d'abord que le phénomène extérieur, et du temps s'écoule avant qu'il reconnaisse qu'au dessous il existe une cause cachée qu'il doit découvrir. Toutes les sciences ont dû traverser ce premier stade de la connaissance; seule, la philosophie, dès ses débuts, a recherché la raison intrinsèque des choses. Au commencement de notre siècle encore les sciences en général se contentaient de l'observation purement extérieure. Ainsi la zoologie, par exemple, et la botanique, s'en tenaient à la description de l'aspect extérieur des animaux et des plantes; leur nom de sciences naturelles *descriptives* répondait à la réalité, comme leur méthode était descriptive, sans plus. Grâce aux progrès des connaissances humaines, la Morphologie a fait place à l'Anatomie comparée, à la Biologie et à la Physiologie végétale.

L'histoire du droit romain, jusqu'à nos jours, n'a été traitée qu'à ce point de vue purement descriptif. Elle s'en tient au côté extérieur des choses, et semble ignorer qu'elle ne pourra faire connaître ce droit que lorsqu'elle aura découvert les forces immanentes qui l'ont créé. Tout ce qu'elle nous montre, ce sont les différentes modifications extérieures du droit, survenues dans le cours des siècles. Elle ne nous apprend que ce seul truisme, que dans le domaine du droit, comme partout ailleurs, l'histoire ne s'arrête jamais. Mais quant au pourquoi de cette marche incessante, les historiens sont muets.

Il est vrai, pour l'histoire du droit romain, plus que pour

toute autre matière, la tâche est hérissée de difficultés. J'en sais quelque chose : depuis plus de quarante ans je lutte avec mon sujet, et n'en suis pas encore complètement maître. Mon traité de l'*Esprit du droit romain* fut un premier effort dans ce sens; celui-ci est le second. Je dois me contenter d'un essai. L'historien futur y trouvera les préliminaires de l'étude définitive que j'entrevois dans mon esprit, sans me sentir la force de l'amener à bien moi-même. Mais cet historien que l'on attend toujours tardera encore à apparaître, et avant que l'on puisse réaliser l'œuvre, bien des travaux préparatoires, semblables à cet écrit, devront encore être mis au jour. Nous ne possédons encore que quelques matériaux destinés à l'édifice futur; de l'édifice même, la construction n'est pas encore commencée.

La chose la plus importante, le plan, manque. J'en trace ici les grandes lignes, mais que de détails à ajouter pour obtenir un véritable ensemble. Et jusqu'ici l'indispensable matériel concret fait défaut. Si les lacunes se comblent et si l'homme qu'il faut, c'est-à-dire celui qui à la vue et à la plume de l'historien unit la pensée du philosophe, sait alors se mettre à l'œuvre, l'histoire du droit romain deviendra une des parties les plus attachantes de l'histoire générale. Ni l'historien, ni le philosophe ne pourront la négliger sans diminuer la valeur de leurs écrits, et l'homme instruit lui-même l'étudiera pour compléter son intelligence des choses du droit. On assistera alors au perpétuel *devenir* du droit, à sa poussée constante; on pénétrera son essence intime, on s'assimilera la méthode spécifique du droit; bref, l'histoire du droit romain sera la *philosophie du droit appliquée*.

C'est à ce but que tend cet ouvrage, au même titre que le précédent. Dans *l'Esprit du droit romain* j'avais attentivement observé les idées générales qui dominent dans les institutions juridiques d'une même époque; j'y fixerai encore, mais plus brièvement, l'attention.

Il eût été difficile, pour la pleine compréhension du sujet, de me référer simplement à mes explications antérieures, et force m'est de les exposer à grands traits. Aux idées déjà développées s'ajouteront quelques aperçus nouveaux; les unes et les autres seront placés sous une rubrique spéciale : *la caractéristique abstraite du droit*. Cet ouvrage formera donc, en somme, un complément du précédent.

Dans ce dernier, l'idée fondamentale consistait dans *l'homogénéité interne* de tous les éléments qui composent le droit *à une même époque*, et par là j'entends non seulement leur *coexistence purement extérieure et contemporaine* (connexion dogmatique), mais la *similitude intime* de la configuration des diverses institutions, résultant de la puissance harmonique qui préside à leur développement commun (connexion philosophique).

A cette exposition de la connexité des éléments *contemporains*, s'ajoute dans cette étude celle des éléments *successifs*. Dans cet ordre d'idées encore se reproduit le même contraste entre la *connexion extérieure* et l'*harmonie interne*. Celle-là repose sur la simple succession *dans le temps* des faits juridiques, celle-ci résulte de *l'influence de cause* qu'exerce un fait sur un autre. Les explications relatives à leur *succession* ne peuvent rien nous apprendre quant au pourquoi des faits juridiques; elles nous donnent le *post hoc*, et se taisent sur le *propter hoc*. Je crois avoir ainsi caractérisé la méthode d'exposition actuelle de l'histoire du droit romain. Elle traite les faits juridiques de la même manière qu'elle opère avec les événements de la vie contemporaine, n'en signalant que la *simultanéité*; dans ceux qui viennent s'ajouter les uns aux autres, elle ne fait qu'indiquer l'ordre dans lequel ils se succèdent. Elle se borne à constater leur connexion *extérieure*, sans rechercher le lien *intime* qui les relie les uns aux autres. Elle en est restée à la méthode descriptive des sciences naturelles positives.

Dans cet ouvrage, je recherche la raison d'être (le *propter hoc*); le *post hoc*, c'est-à-dire la succession des institutions, ne m'intéresse que pour autant que je puisse les rattacher les unes aux autres. Le problème que je me suis donné à tâche de résoudre consiste donc à découvrir *la causalité dans l'histoire du droit romain*. Telle est la signification du titre: Histoire du développement du droit romain. J'entends par développement qu'un fait juridique doit retrouver sa *cause* dans un fait antérieur.

Pour justifier cette méthode nouvelle de traiter l'histoire du droit romain, je vais la comparer au système en cours.

A démontrer que le droit se modifie avec le temps, qu'une loi succède à une loi, nous n'aurons rien appris d'autre, sinon que, comme toutes choses de ce monde, le droit subit des changements; nous n'aurons abouti qu'à cette simple constatation: que le droit se *meut*. Mais l'horloge aussi se meut, et que connaissons-nous de son mouvement si nous n'allons au delà de ce fait que l'aiguille change de place? Nous voulons connaître la cause du mouvement de l'horloge, et sur ce point l'examen de son intérieur peut seul nous renseigner. Il en est ainsi du droit. Les changements qu'il a subis dans le cours du temps, ne sont que les progrès de l'aiguille sur le cadran de l'histoire; l'historien du droit qui s'en tient à cette constatation, ressemble à un homme qui, pour faire comprendre l'horloge à un enfant, se contenterait de faire remarquer que l'aiguille bouge.

De l'histoire du droit romain nous ne connaissons jusqu'aujourd'hui que le cadran; l'intérieur de l'horloge nous demeure un mystère. L'histoire sait bien que l'aiguille ne marche pas d'elle-même, qu'une force impulsive intérieure lui imprime le mouvement; mais comme *discipline* — et sans nier le mérite de quelques tentatives isolées — elle ne s'est en rien préoccupée de découvrir les forces impulsives du droit. L'avenir s'étonnera à bon droit qu'à une époque où

écrivait Ranke, Rudorff ait pu composer un ouvrage tel que son histoire du droit romain. C'est une simple nomenclature de faits historiques. Il fait songer à la façon d'établir un compte de blanchisseuse : chemises, cols, mouchoirs — *leges, senatus consulta, constitutiones principum* etc.

D'où vient ce retard de l'histoire du droit romain sur toutes les autres branches de l'histoire générale? Je crois en découvrir la cause dans cette circonstance que chez les romanistes, le droit romain n'est jamais traité, comme d'autres branches de l'histoire, au point de vue exclusivement historique, mais qu'il fait aussi l'objet d'un enseignement dogmatique. Ce double attribut du droit romain, d'être à la fois un fragment de l'*antiquité* et la *source du droit en vigueur*, est devenu un malheur pour le romaniste : ni l'histoire ni la dogmatique n'ont été convenablement traitées. Cette dernière, parce que dans l'intérêt vrai ou supposé de l'intelligence du droit en vigueur, on a toujours cru indispensable de recourir à l'histoire. Dans les universités les choses sont parfois poussées à un point tel que l'auditeur pourrait croire que la dogmatique et l'histoire ont changé de rôle, et qu'il assiste à un cours d'histoire du droit romain au lieu d'un cours de Pandectes. Dans l'écrit le plus important du siècle, sur le droit romain : Traité systématique du droit romain actuel, Savigny accorde à l'histoire du droit une attention qui vient en contradiction flagrante avec son sujet lequel soi-disant comporte l'exposition du droit romain *actuel*. A plus d'une page, son exposé aboutit à ce résultat que l'institution romaine a perdu toute importance pour nous; et pour les institutions encore en vigueur l'intérêt dogmatique n'exigeait en aucune façon que l'auteur accumulât la masse gigantesque de matériaux historiques qu'il étale sous nos yeux.

La *dogmatique* et l'*histoire du droit* viennent ainsi à peser tour à tour l'une sur l'autre. L'historien du droit croit tou-

jours devoir justifier l'étude de l'histoire par l'intérêt indirect qu'elle présente pour la dogmatique. Qui donc s'avise de s'enquérir à quoi sert l'histoire de l'art, de la littérature, des religions? Pareille histoire ne répond pas à des *besoins pratiques*. Son importance gît toute entière dans l'intérêt *scientifique* de la connaissance du passé: elle existe pour elle-même. Seule l'histoire du droit croit devoir se justifier, non par l'intérêt qu'elle présente en elle-même, mais par son importance dogmatique : l'histoire du droit doit donner l'intelligence du droit en vigueur.

L'histoire du droit aurait vraiment étrange mine si l'on s'était contenté de l'enseigner à ce point de vue. Heureusement qu'on s'en est écarté, et qu'on l'a laissée se déployer librement dans le cadre qu'on lui avait tracé. Il n'en reste pas moins significatif que les programmes universitaires continuent à délivrer ce brevet d'utilité à l'histoire du droit.

D'avance on en fait ainsi la très humble servante de la dogmatique; c'est la Cendrillon dans la maison du droit; on ne la tolère que parce qu'elle apporte l'eau et le bois nécessaires au ménage.

Il n'a pas nui, je le répète, au progrès de l'histoire du droit, de n'être envisagée qu'au point de vue de l'utilité pratique. Mais la dogmatique lui a été fatale d'une autre manière.

Aujourd'hui, pour toutes les matières, la méthodologie historique trouve son application systématique; pour l'histoire du droit, point : le juriste s'est contenté d'y apporter sa méthode dogmatique. Elle consiste uniquement à exposer les règles du droit, sans tenir compte des influences de la vie réelle; elle se renferme dans l'abstraction. La jurisprudence moderne a emprunté cette méthode aux juristes romains; ceux-ci presque jamais ne disent mot de la physionomie réelle des institutions juridiques dans la vie romaine; ce que nous savons dans cet ordre d'idées, nous en sommes redevables aux écrivains non juridiques. Je n'exa-

mine point si ce procédé vaut pour la dogmatique : l'avenir en décidera, peut-être. Mais pour quiconque s'est rendu compte de ce qui sépare l'objet de l'histoire de celui de la dogmatique(1), ce système est absolument faux en ce qui concerne l'histoire du droit. Il ne donne pas même toute la place qui lui revient dans l'histoire, au droit abstrait du passé. Il l'étend d'avance sur le lit de Procuste de la dogmatique *actuelle*. Les catégories du droit actuel : droit public, droit privé, procédure civile, droit criminel, procédure criminelle, sont, grâce à la dogmatique, simplement transportées dans l'histoire du droit, soit qu'elle retrace le développement historique des *institutions isolées* (méthode dite *chronologique*), ce qui ne permet point d'apercevoir le mouvement *du droit* pris dans son ensemble, soit qu'elle les envisage par périodes (méthode dite *synchronique*), ce qui ne vaut guère mieux, puisqu'elle se borne à montrer la marche des institutions isolées pendant les diverses périodes. Les deux méthodes font tout rentrer dans des cases systématiquement déterminées d'avance. Elles soumettent chaque chose à la loi de la *subordination logique;* et tout le système rappelle l'ordonnance militaire d'un régiment où chaque homme occupe sa place, sans qu'un seul puisse se permettre de sortir du rang. De cette façon l'histoire ne peut réaliser son but, car tantôt l'une tantôt l'autre des institutions du droit prend la tête du mouvement juridique, et les idées générales coulées dans des formations différentes, et séparées dans l'ordre systématique ne trouvent plus leur explication dans un exposé d'ensemble.

Je résume mon jugement sur la manière actuelle d'enseigner l'histoire du droit romain dans cette proposition : qu'elle n'est autre chose que la *dogmatique successive* des institutions.

(1) J'ai moi-même, je crois, prouvé plus d'une fois combien peu l'ancien droit romain est intelligible sans le secours des circonstances réelles de la vie. V. p. ex. Esprit du D. R., t. II, § 37, 39, 40. IV, § 67 et ailleurs.

Ce dualisme du droit romain cessera bientôt pour nous, son importance pratique s'évanouira. Par cela même, semble-t-il, devrait aussi finir l'influence de la dogmatique sur l'histoire du droit romain. Si cette conclusion était vraie, le progrès aurait déjà dû se produire partout où le droit romain a perdu sa vigueur pratique. Mais il ne s'est point produit. J'en découvre la cause dans cette circonstance qu'ici encore une fois, un intérêt *pratique* a dominé l'enseignement scientifique du droit romain dans la littérature comme dans l'école. Cette fois c'est un intérêt *didactique* qui prévaut. Le juriste n'en veut démordre, il attend toujours du droit romain le même service qu'auparavant, celui d'un *moyen d'éducation juridique*. L'abrogation du droit romain, seule, n'amènera donc aucun changement.

Mais si la fausseté de la méthode actuelle d'enseigner l'histoire du droit romain venant à être reconnue, l'amélioration ne se produit pas dans cette branche d'étude, elle sera amenée par un revirement inévitable, à mon avis, dans l'enseignement académique. On séparera dans l'étude de la jurisprudence l'histoire et la dogmatique, séparation dont la théologie a si largement profité depuis longtemps déjà. Elle est absolument nécessaire pour le progrès de ces deux branches d'enseignement. L'histoire réclame un autre homme que la dogmatique. Tel sera excellent dogmatiste — et il ne le sera qu'à condition d'être *juriste* dans toute la force du terme,— qui ne fera qu'un historien médiocre, s'il lui manque le coup d'œil historique, l'imagination, l'art d'enchaîner les faits, le talent de les exposer, qualités essentielles de l'historien. Et de même, l'historien du droit qui veut, non pas seulement donner le tableau extérieur du droit du passé, mais pénétrer ses arcanes et y faire pénétrer les autres, doit posséder le sens juridique, tout comme l'historien de l'art doit posséder le sens artistique. Si même il est largement doué du sens de l'histoire, il se ressentira du poids dont pèse sur l'histoire du droit la

dogmatique académique. Et il ne peut l'écarter. Dans nos universités allemandes, l'historien du droit doit être doublé du « *pandectiste* » ! Voilà le mal dont souffre l'enseignement académique du droit romain dans nos universités allemandes: le « *pandectiste* »-né se voit obligé d'enseigner l'histoire du droit, l'historien-né doit donner un cours de pandectes ; pour peu que leurs goûts soient exclusifs, la corvée leur paraît dure et leurs auditeurs n'en souffrent pas moins qu'eux-mêmes. Ce ne sera que lorsque l'un et l'autre seront libres de rester sur leur terrain, qu'ils pourront donner la mesure de leur science. Alors l'historien-né se consacrera à l'histoire du droit, et le juriste-né aux Pandectes. Et comme celles-ci ne pourront être maintenues à côté des cours consacrés au droit national, le juriste fera du droit comparé, et mettra la dogmatique du droit romain en rapport avec les principes du droit national. Les deux tâches seront ainsi séparées et l'historien du droit pourra s'appliquer à la sienne, exclusivement et avec toute l'ardeur de son zèle. Alors seulement, il pourra et devra répondre sur son domaine à ce que l'on exige de tout autre historien.

A côté de cette influence exercée par la dogmatique, il est une autre circonstance qui a contribué à fausser l'enseignement de l'histoire du droit. Je veux parler de la doctrine professée par SAVIGNY sur l'origine coutumière du droit, et qui, devenue le programme de l'école historique, fut acceptée sans contradiction par ses nombreux partisans. D'après cette doctrine, le droit n'est pas l'œuvre de la réflexion, il ne constitue pas une création consciente et intentionnelle, il est l'expression spontanée, inconsciente du sentiment juridique du peuple. C'est ce que j'appelle la *théorie de l'émanation* ou de l'*évolution*. Si les causes des principes du droit sont renfermées dans le mystère insondable de l'âme des peuples, comment un partisan de cette théorie pourrait-il concevoir l'idée de les analyser? Il est placé

devant le droit comme devant une source dont les eaux jaillissantes viennent de profondeurs que nul regard humain n'a jamais pu mesurer. L'origine du droit est un impénétrable mystère; dès lors à quoi bon toute recherche ultérieure?

Cette doctrine a le mérite de couper court à toute question sur la raison des choses. Sa réponse est toujours la même : âme populaire, sentiment juridique national — le peuple a envisagé la chose de telle façon, ... et tout est dit. C'est la fatalité présidant à l'élaboration du droit. — L'historien peut s'épargner toute recherche. *La théorie de l'émanation est un doux oreiller sur lequel la science n'a plus qu'à s'endormir.* Retirons-le lui, pour qu'elle s'éveille, qu'elle ouvre enfin les yeux, et voie les choses telles qu'elles sont en réalité, et non telles qu'elles apparaissent à travers le prisme trompeur de cette théorie.

D'où savons-nous que le droit de l'époque primitive, auquel se rattache cette doctrine de la formation inconsciente ou naturelle du droit, d'où savons-nous qu'il fut en réalité un droit coutumier? Nul témoignage historique n'en fait foi, et le simple fait de l'existence du droit à l'aurore de l'histoire ne nous apprend rien quant à sa première formation. Que nous ne voyions pas le droit se *faire*, ne nous autorise pas à affirmer son *devenir*. D'une maison que je n'ai pas vu bâtir, je puis affirmer qu'elle a été bâtie ; et si les temps historiques nous montrent, non seulement cette formation soi-disant *inconsciente* qui est le droit coutumier, mais encore, et sans doute possible, une *création consciente et intentionnelle*, qu'est-ce qui nous autorise à dire qu'avant l'histoire il n'existait que cette première forme? Lorsque je dis, moi, qu'alors aussi la formation du droit a été consciente et voulue, je me borne, je le sais, à opposer une affirmation à une autre, sans que ni l'une ni l'autre puisse s'appuyer sur une preuve. Mais la mienne peut au moins se prévaloir de l'ana-

logie avec l'époque historique; je conclus du certain à l'incertain; je n'affirme pas que les choses *doivent* s'être passées ainsi, je me borne à dire qu'elles *peuvent* avoir suivi cette marche. A la vérité, SAVIGNY, de son côté, invoque également une analogie, celle du *langage*. Sans doute le développement du langage s'est fait d'une manière absolument inconsciente, mais une différence radicale, sur laquelle j'ai eu l'occasion de m'expliquer(1), existe entre celui-ci et le droit. Si une analogie peut être invoquée, ce n'est pas celle de la langue; ce ne peut être que celle du droit lui-même à l'époque historique. L'homme se débarrasse de la chaussure qui le gène. Autant en a dû faire l'homme primitif. Sera-t-il resté inactif lorsque l'expérience lui aura appris que le meurtre, le brigandage, le vol menaçaient son existence? Certes il se sera réuni aux siens pour conjurer un danger qui les menaçait tous au même titre. Cela revient à dire : la règle juridique qui prohibe le meurtre, le brigandage, le vol, a été *faite*? Servons-nous d'une image. Un chemin sillonne une forêt vierge, un désert; chacun y passe; le chemin, nul ne l'a jamais *fait*, il est *devenu*, devenu parce que des générations y ont passé. Aujourd'hui il est tout fait, il est tracé. Mais à l'origine il n'existait pas, il a fallu chercher, trouver, au prix de mille tentatives, ici dérodant des broussailles, là comblant des marécages, la voie la plus sûre et la plus commode. Avant que le terrain fût durci, bien des passants ont dû le fouler. Aujourd'hui tout le monde s'en sert sans plus songer à tout ce travail. Mais si chacun peut s'en servir, c'est que d'autres se sont ingéniés à découvrir la *route*, et ceux là *savaient* ce qu'ils *voulaient*. Ce n'est donc point l'instinct obscur des masses qui a créé le chemin; il doit son origine à la volonté consciente des premiers pionniers; après eux la foule a passé sans penser. Le chemin c'est le droit coutumier, dans leur

(1) V. La lutte pour le droit, p. 6.

état actuel ils sont l'un et l'autre le fait collectif de la masse. Sans son action continue et uniforme, c'est-à-dire sans coutume, point de droit coutumier; chacun a contribué pour sa part à tracer le chemin, à faire le droit.

Si la masse du peuple se décide à suivre la voie ouverte par le droit coutumier, c'est que les choses se trouvent être ainsi, et que nul ne songe au delà. Dans l'état *actuel* du droit coutumier, c'est de cette façon qu'en fait la généralité se laisse diriger par ce que la théorie a appelé l'*opinio necessitatis*. Mais il ne s'en suit pas, loin de là, que le même sentiment a guidé les *pionniers du droit coutumier*. Pareille conclusion serait prématurée, car comme les pionniers du chemin, ils peuvent avoir eu conscience du but à atteindre. J'ai connu moi-même d'éminentes personnalités qui travaillaient de parti pris à faire prévaloir un usage dans le cercle de leurs relations. La question recevrait une autre solution s'il était vrai, comme on l'enseigne généralement, que c'est le sentiment juridique qui donne naissance au droit; mais cette théorie — celle de l'*innéité* (1), — dans son application spéciale au droit, manque complètement de vérité.

Le sentiment juridique n'a pas engendré le droit; c'est le droit qui a créé le sentiment juridique. Transporter celui-ci à l'origine, c'est dire qu'il est inné à l'homme. Il devrait alors, partout et toujours, parler le même langage; — or, sous tous les climats, et dans tous les temps ce langage diffère; le droit, sa prétendue création, devrait concorder partout, au moins dans les choses essentielles, et partout le droit présente la plus grande diversité.

(1) V. à ce sujet JHERING Zweck im Recht II, p. 108 s. Il y combat cette théorie par rapport à l'origine prétendue des principes moraux puisée dans le sentiment inné de la moralité, mais sans donner la preuve de sa fausseté. Ici, la réfutation de cette théorie s'impose en ce qui concerne l'origine du droit. Elle donnera la clef de la méthode d'histoire du droit romain appliquée dans le présent ouvrage.

Les conditions historiques spéciales à chaque peuple et à chaque époque sont la raison de cette diversité dans la physionomie du droit. C'est l'enseignement de l'histoire. Il est inconciliable avec la théorie qui voit dans le sentiment juridique, l'origine du droit; car de pareille origine devrait être née l'uniformité du droit. Le droit existe tout d'abord, il est né de la nécessité; c'est elle qui, la première, a révélé au sentiment juridique ce que celui-ci considère, à tort, comme inné à l'homme et primordial.

Cette illusion provient de ce que cette révélation s'opère graduellement, d'une manière imperceptible, à une époque où la conscience est engourdie encore. L'enfant, dès l'âge le plus tendre, se familiarise avec les principes les plus importants du droit, sans qu'on doive les lui enseigner comme tels; il se les inculque par voie d'abstraction, les isolant des événements de la vie, des exemples qui lui passent sous les yeux, tout comme par le parler des adultes il apprend les règles du langage. Personne ne le dirige dans l'emploi du nominatif, du génitif, de l'indicatif, de l'impératif etc. et cependant il décline et conjugue sans hésiter. Nul ne l'éclaire sur la propriété, mais il en acquiert de fait, et tôt, la notion pratique : la pomme que son petit camarade défend contre son entreprise, le seul mot « mien » qui frappe son oreille, la lui révèlent. Il apprend de lui-même qu'il doit rendre ce qu'il emprunte, qu'il peut garder ce qu'on lui donne. C'est dans l'atmosphère où il vit, où il les respire sans savoir, que l'enfant puise les premiers éléments de son éducation et ses premières notions de la moralité et du droit.

A cette absorption intellectuelle, toute insconsciente, vient s'ajouter la *tradition*, c'est-à-dire les enseignements des parents, des maîtres et d'autres personnes.

L'enfant atteint ainsi l'âge de raison. Alors tous ces principes, ces vues dont il s'est imprégné, ont fini par faire partie de son moi, et constituent à ses yeux des fragments de son

humanité interne. Il ne se conçoit plus sans eux et les croit nés avec lui. L'humanité toute entière a subi ce phénomène. Les philosophes en concluent que la nature a déposé dans le cœur de l'homme le germe des principes de morale, et que, pour les trouver, il lui suffit de descendre en lui-même. Les juristes procèdent de même; ils invoquent les principes supérieurs du droit, et renvoient en outre à la saine raison qui, selon eux, enseigne à chacun qu'il n'en saurait être autrement.

Qu'il n'en saurait être autrement, sur ce point ils sont dans le vrai, à la condition qu'ils ajoutent : *dans notre monde actuel.* Car le temps fut, et l'histoire l'atteste, et la saine raison serait impuissante à le contredire, le temps fut où il n'en était pas ainsi. A mesure que se sont déroulés les événements, la raison, lorsque et parce que saine, a toujours discerné le vrai, c'est-à-dire ce qui était le mieux approprié au temps et aux circonstances. La véritable pierre de touche de la saine raison n'est pas son contenu comme tel, c'est cette aptitude à découvrir ce qui répond à des nécessités données. Si paradoxale que paraisse l'assertion, il est cependant vrai de dire : qu'il se rencontre peut-être plus de saine raison dans le droit rudimentaire que dans le droit arrivé à un état de développement supérieur. Le droit antique de Rome ferait honte, sous ce rapport, à notre droit commun actuel. La raison que je donne de ce fait étrange étonnera peut-être, et je m'en applaudis, car elle provoquera d'utiles réflexions : une époque primitive a sur des temps de culture intellectuelle hautement développée cet avantage sans prix *de ne connaître point encore de principes.* Quiconque a lu dans l'histoire les maux que les principes ont causés et nous infligent encore tous les jours, comprendra qu'une époque dégagée de principes et n'ayant d'autre guide que la saine raison c'est-à-dire celle dirigée uniquement vers des buts pratiques, possédait une liberté plus entière pour réaliser ce qui lui était nécessaire qu'un siècle

plus brillant, mais dont la vue intellectuelle est troublée par des principes arrêtés.

Celui que l'histoire n'a pas éclairé peut seul se créer l'illusion que la nature a déposé dans le cœur de l'homme les principes supérieurs du droit. La nature ne s'est pas faite la directrice de l'homme, pas plus dans le domaine du droit que dans les autres. Elle lui donne le besoin qui le talonne toujours, et l'intelligence qui l'aide à trouver les moyens d'y satisfaire. C'est par là qu'elle fait surgir toutes les institutions humaines. L'homme a dû chercher, trouver toutes choses, il a dû tout apprendre, tout édifier. C'est l'homme lui-même qui a fait l'humanité toute entière, telle qu'elle est, avec son droit et sa morale, sans que la nature l'ait aidé de la plus minime contribution. A une époque avancée du droit, l'expérience apprit à l'homme que si la fraude était permise les relations sociales devenaient impossibles (cela ne fut reconnu à Rome que relativement tard), que la vie de famille était inconciliable avec l'existence de la polygamie, etc. De même, dès l'époque la plus reculée de son existence, il a compris que le meurtre, le brigandage, le vol rendaient impossible toute vie en société. C'est l'intuition du but pratique qui a créé ces règles du droit, et l'avenir en fera découvrir bien d'autres que nous ne soupçonnons même pas encore en ce moment.

Lorsqu'elles en sont arrivées à se confondre si intimement avec l'ordre social que celui-ci croulerait si elles venaient à s'effacer, alors surgit la croyance à leur évidente vérité et à leur existence dans le passé. Mais elles aussi ont dû se former peu à peu. Elles ressemblent à des dépôts sédimentaires dont les premiers gisements datent d'une époque que la science ignore. Sur ces couches profondes du droit, d'autres se sont superposées et la pression séculaire de celles-ci sur celles-là leur a donné une consistance qui rappelle celle de la houille comparée au lignite et à la tourbe. L'on se fait

aisément à l'idée que les premières formations du droit ont une origine différente de celles qui ont suivi. Ces dernières, on sait que l'homme les a créées; la naissance des autres, on l'ignore et l'on voit une création de la nature dans ce qui n'est, en réalité, que l'œuvre de l'histoire. Ainsi pensèrent les philosophes grecs, ainsi pensons-nous et tel fut aussi le sentiment des juristes romains. Pour ceux-ci, différence absolue entre la *naturalis* et la *civilis ratio*, entre la *ratio juris* et l'*utilitas*. Et cependant la *ratio naturalis* n'est autre chose que la *ratio civilis* depuis longtemps oubliée, la *ratio juris* n'est que l'*utilitas* des temps préhistoriques. Ces erreurs sur la nature de cette dernière se reproduiront toujours. Après des milliers d'années, toujours, ce qui, à l'origine, s'est introduit comme *ratio civilis* ou comme *utilitas*, apparaîtra comme *ratio naturalis* à tous ceux qui ignorent l'histoire des choses : le lignite sera devenu de la houille.

Les temps primitifs n'ont pas vécu autrement que le présent. L'homme d'alors a dû faire ses institutions juridiques, comme doit le faire l'homme d'aujourd'hui. La nature ne lui a pas enseigné à élever ces cités lacustres du droit, pas plus qu'elle ne l'a dirigé pour édifier celles qu'il jetait sur le fleuve pour s'y abriter avec les siens. Le seul intérêt de sa sûreté l'a guidé dans la création de ces cités primitives. Il s'alliait avec ses voisins contre l'ennemi extérieur, il s'alliait avec eux contre l'ennemi intérieur menaçant l'existence de la société naissante. A la force de l'ennemi, il opposait celle de la communauté, autrement efficace; il concluait, en un mot, une alliance offensive et défensive pour la conservation des intérêts communs. Dans la réalité, le droit se trouvait ainsi *objectivement* créé, car il est de son essence d'imposer à la force de l'individu des barrières fixes que maintient la force de la généralité. Mais ce serait commettre une erreur que d'en conclure que le droit fût *subjectivement* reconnu comme droit, que la communauté

engagée dans cette alliance offensive et défensive eût conscience d'avoir ainsi édifié une puissance nouvelle. Il lui suffisait de s'en tenir à la notion de la *force*. Ce qui le prouve, c'est que le mot *droit* n'a pas d'expression équivalente dans la langue de certains peuples inférieurs, qu'ils n'ont donc pas la notion du droit, bien que la chose elle-même, c'est-à-dire un certain état social organisé, ne leur soit pas étrangère. C'est la période *naïve* du droit, où il existait *objectivement*, en fait, sans être reconnu *subjectivement* comme tel, et chaque peuple a dû la traverser, jusqu'à ce qu'insensiblement il se fût élevé jusqu'à l'intelligence du droit, alors seulement il connut d'abord la forme plus facilement accessible du sentiment juridique, c'est-à-dire du droit *subjectif, concret,* appartenant en propre à l'individu, et plus tard celle du droit *abstrait* ou *objectif*.

Le droit a donc précédé le sentiment juridique à l'époque primitive. Il a dû exister avant d'avoir pu jeter son reflet dans l'âme de l'homme. L'individu n'a pu songer à emprunter la contrainte que la société tient en réserve pour sa garantie, avant que l'ordre extérieur de la société fût établi.

Nous allons rechercher quel est à l'époque historique le rapport qui existe entre le sentiment juridique et le droit.

Cette relation se manifeste, dans l'histoire, sous deux aspects. Ici, le sentiment juridique marche de pair avec le droit de l'époque, il se plie aux vues étroites, imparfaites, qui s'y trouvent réalisées, vues dont notre sentiment juridique actuel s'est libéré au point qu'aujourd'hui on se demande avec stupeur comment des esprits éclairés ont pu se soumettre à pareil joug. Là, il devance le droit de l'époque, il condamne des principes et des institutions que ce dernier continue à maintenir debout et il réclame leur abolition.

LE SENTIMENT JURIDIQUE COMPRIMÉ PAR LE DROIT DE L'ÉPOQUE. Je ne crois pouvoir mieux justifier l'assertion

que je viens de faire qu'en invoquant l'exemple d'un des plus grands penseurs qui furent jamais : PLATON. Il n'a pas un mot de blâme pour l'institution de l'esclavage, il en proclame, au contraire, la légitimité. Et cependant, mieux qu'un autre, il eût pu la condamner. Lui qui, laissant toute réalité de côté, avait rêvé un Etat idéal, aurait dû, semble-t-il, avoir l'envergure d'esprit nécessaire pour s'élever, sur ce point là également, au-dessus de la réalité existante. Mais le fait dominait son sentiment juridique. L'esclavage, comme institution, était si intimement lié aux coutumes et aux intérêts de la vie grecque que l'idée de son illégitimité ne pouvait pénétrer l'esprit de Platon. Son sentiment juridique marchait du même pas que le droit de son époque.

L'exposition des enfants nous apparaît aujourd'hui comme une abomination morale. L'exposition des nouveaux-nés féminins ne choquait en rien les idées des Romains à l'époque la plus reculée de leur histoire : le droit ne leur prescrivait d'élever que la fille aînée et tous les fils. Pourquoi le droit était-il autre d'après le sexe des enfants? Les Romains envisageaient-ils l'exposition des fils à un point de vue moral autre que celle des filles? Nullement; c'était l'unique intérêt de la communauté qui autorisait ou prohibait la chose. Les hommes n'étaient jamais assez nombreux, car la guerre les fauchait largement : quant aux femmes, moins il y en avait, mieux valait. L'*intérêt* avait créé cette règle, le *sentiment juridique* l'adopta sans contradiction.

Aux temps antiques on mettait à mort les vieillards devenus inutiles, sans que le sentiment juridique du peuple s'en offensât le moins du monde. D'où venait cet usage barbare? C'est que les vieillards n'étaient plus d'aucune utilité pour la communauté et ne gagnaient plus le pain qu'ils mangeaient. Toujours même accord entre le sentiment juridique et l'intérêt, même le plus odieux.

Lorsque le sentiment juridique en vint à avoir horreur de ces institutions, elles disparurent. Cela nous amène le deuxième aspect de la relation entre le sentiment juridique et le droit : LE SENTIMENT JURIDIQUE EN AVANCE SUR LE DROIT.

Mais ici se présente un phénomène tout particulier. Un examen attentif m'a convaincu que cette expression indéterminée de sentiment juridique, qui ne peut être comprise que comme le sentiment du *peuple*, embrasse bien des choses qui sont étrangères au peuple; elles sont toutes à l'actif de certains esprits éminents qui ont su rompre avec la tradition, conquérir l'opinion publique et entraîner le législateur dans la voie qu'ils traçaient. La lutte qu'ils menèrent avait lieu sur les hauts sommets de la science et de la littérature, inaccessibles à la masse qui assistait impassible à leurs efforts. Que pareil travail aboutisse à la victoire, et la révolution qui s'opère dans le droit amène peu à peu une transformation dans les idées des foules, leur sentiment juridique est insensiblement entraîné à adopter les nouveautés, et quelques siècles plus tard, la même règle qui, à sa première apparition, heurtait le plus violemment la conception populaire d'alors, passe à l'état de vérité surgie dans la conscience juridique du peuple. On dit alors qu'elle est une émanation du sentiment juridique national, alors qu'en réalité, c'est celui-ci qui a emboîté le pas au droit. A attendre la révolte du sentiment juridique du peuple, nous en serions encore au droit d'épaves (*strandrecht*), aux procès des sorciers, aux peines barbares du moyen-âge et aux autres abominations qu'il acceptait le plus docilement du monde. Ce n'est pas le sentiment juridique du peuple qui nous en a délivrés : seuls le génie et les efforts d'esprits éclairés et voyant loin ont balayé ces horreurs. Ceux-là sont les précurseurs et les messies dans tous les domaines, y compris celui du droit, dans tous les

temps, à son aurore dans les temps primitifs comme aux siècles les plus avancés. S'ils sont dans la voie de la vérité, le peuple suit presque inconscient : il se produit le même phénomène qu'en fait de droit coutumier (p. 15).

Les esprits puissants, les caractères bien trempés dispensent la masse de penser et d'agir par elle-même. L'histoire du droit est celle de la pensée humaine consciente du but qu'elle recherche, et de l'énergie de l'humanité. Les inspirations qui descendent toutes faites dans l'esprit populaire sont du domaine de la fable. Lorsque la masse ressent le joug des institutions juridiques, alors seulement elle se met à les méditer et à réclamer des réformes. C'est ce qu'a fait le paysan par rapport au dommage occasionné par le gibier, c'est ce que font en ce moment les classes laborieuses dans l'intérêt de l'amélioration de leur sort. Ici, l'on peut dire que le sentiment juridique du peuple a parlé, mais n'oublions pas, qu'il faut d'abord qu'un *intérêt* le décide à parler et ensuite que sa réclamation trouve sa *base* dans le droit existant lui-même. Lorsque le paysan demandait à être protégé contre les dégats causés par le gibier, il réclamait simplement qu'on assurât pleinement à *sa propriété* la protection qui lui était due, protection que le droit avait partout organisée, mais qu'il refusait au seul paysan. Le sentiment juridique, dans ce cas, se basait sur *le droit lui-même,* auquel il demandait d'être conséquent avec ses principes. Et il n'en va pas autrement des revendications des classes laborieuses, soulevées en vue d'améliorer leur sort ; elles ont été préparées de longue main par le souci même que prirent d'eux l'Eglise, la législation, l'administration publique et communale et la libre association. Ces revendications n'eussent pu surgir au temps de la Rome antique : les plus pauvres, les plus misérables n'avaient pas encore conçu l'idée que la société a le devoir de s'occuper de leur sort. La révolution qui s'est produite sous ce rapport dans

le sentiment juridique des masses n'a pas sa cause en ce sentiment même, elle doit son impulsion aux institutions qui réalisaient déjà partiellement les desiderata prévus et dont on demandait la complète exécution. Le sentiment juridique du peuple apparaît ici comme l'enfant qui prend sa mère au mot. Il demande au droit de faire une vérité *complète* de ce qu'il lui a enseigné, il lui reproche de rester en deçà des doctrines qu'il a lui-même établies.

Je découvre là un phénomène dont la portée historique entraîne bien au delà du rapport au sujet duquel j'ai dû le mentionner. Il consiste dans *la critique du droit par le droit lui-même*. Je ne puis développer ici cette idée, bien intéressante pour celui qui voudra s'en occuper. Dans cette voie, la science a réalisé, pour des domaines entièrement étrangers à l'intérêt et au sentiment juridique du peuple, des progrès qui semblent, aujourd'hui qu'ils existent, ne relever que de la spéculation scientifique pure. Comme exemples contemporains, je citerai la législation sur les droits d'auteur et les brevets d'invention. Il y a un siècle à peine, la piraterie littéraire de la contrefaçon était encore tolérée. Ce qui a amené le changement dans la législation, c'est que les victimes du mal, les libraires et les auteurs, ont élevé la voix et réclamé pour les productions de leur travail la protection juridique que la loi accordait à toutes les autres. L'*intérêt* a dicté leur réclamation, mais le *fondement* de celle-ci, ils l'ont emprunté au droit lui-même; ils lui ont demandé de faire une vérité générale d'une idée qu'il avait réalisée ailleurs — à savoir qu'au travailleur doit appartenir le produit de son travail. A mesure que le droit, exerçant sur lui-même sa propre critique, est ainsi amené à changer les *demi*-vérités en vérités *entières*, il réalise et réalisera enoore dans l'avenir des progrès dont nous ne pouvons encore prévoir l'importance. Le droit international vraisemblablement s'achèvera d'abord, puis le droit de famille. Ces progrès accomplis, on les attri-

buera à une évolution du sentiment juridique moderne et cependant, en réalité, ce sera le droit seul qui aura amené cette transformation : ses institutions et ses principes antérieurs auront mis en branle tous les progrès subséquents.

En résumé, d'après l'opinion généralement adoptée sur le rapport entre le sentiment juridique et le droit, ce rapport subsiste toujours le même à toutes les phases du développement du droit. Je crois au contraire avoir démontré, l'histoire à la main, que ce rapport varie et se présente sous trois aspects différents : tantôt le droit prend l'avance sur le sentiment juridique, tantôt ils marchent de pair, et tantôt enfin le sentiment juridique marche tandis que le droit reste immobile. Ils nous donnent l'image de l'ombre du promeneur qui dès avant l'aurore se met en route en marchant toujours de l'ouest à l'est. Tant que le soleil n'est pas levé, l'homme ne projette aucune ombre, mais elle se dessinera tantôt derrière lui, tantôt de côté, tantôt devant, à mesure que l'astre achève sa course. Le promeneur c'est le droit, son ombre c'est le sentiment juridique, le soleil c'est l'histoire. A mesure que le droit se développe dans l'histoire, tantôt — à l'époque primitive de sa première formation — le sentiment juridique n'existe pas, tantôt il retarde sur le droit, tantôt il se met à sa hauteur, tantôt il en devient le précurseur. Mais toujours le sentiment juridique suppose la préexistence du droit. Dire qu'il a existé avant tout droit, autant vaudrait dire que l'ombre a quitté la maison avant le promeneur puisque l'après midi elle le précède. Partout, même là où le sentiment juridique a su devancer le droit, c'est qu'il avait grandi à son école.

Je termine ici mon exposé de la théorie de la formation inconsciente du droit. Ma conclusion est que cette théorie ne répond pas à la vérité historique. L'imagination seule l'a créée, les faits réels que nous montre le développement du droit à l'époque historique la contredisent. Elle ne doit

son origine qu'à un concept arbitraire de la naissance du droit à l'époque primitive.

A la théorie de la *formation inconsciente* du droit, j'oppose résolument celle d'une *création consciente*. Le droit n'est pas une émanation mystérieuse du sentiment juridique, il n'est pas le résultat d'une sourde gestation dont l'historien n'a pas à rechercher l'origine, il est l'œuvre de la volonté et du calcul humains qui à chaque étape du développement social ont cherché à réaliser un progrès. L'histoire du droit est l'histoire de la pensée humaine dirigée vers la réalisation pratique des conditions de vie de la collectivité humaine. Dans ce sens, tout droit sur la terre a été *fait*; s'il apparaît parfois spontané, ce n'est qu'une apparence; c'est que nous ne pouvons découvrir les phases successives de sa création.

Tel est le point de vue auquel je me suis placé en écrivant ces pages. J'avais à porter mon jugement sur la théorie encore en cours aujourd'hui relativement au droit coutumier et à la puissance créatrice du sentiment juridique. Je n'ai pu le faire sans m'étendre quelque peu. L'idée que l'historien du droit se fera de l'origine du droit lui inspirera la méthode d'en écrire l'histoire. S'il accepte les idées reçues, il n'aura qu'à montrer le simple fait du développement historique du droit; il ne doit, il ne peut pas en rechercher les causes, car elles restent enfermées dans le fond mystérieux de l'âme populaire. Si, avec moi, il est convaincu que le droit est l'œuvre de la volonté et du calcul de l'homme, il devra s'attacher à découvrir les causes de son évolution. C'est ce que j'ai essayé de faire. Ceci me ramène à l'*idée de causalité* en droit.

La causalité dans le droit peut s'entendre à un double point de vue : celui du *but* d'abord *(causa finalis)*, celui de la *cause* proprement dite ensuite *(causa efficiens)*. L'homme ne se propose pas un but, arbitrairement; il y est poussé par une *impulsion*, interne ou externe. Celle-là gît au dedans de

lui-même, elle émane de sa personnalité même : le méchant poursuit d'autres buts que l'homme bon, le paysan n'a pas en vue les mêmes buts que le savant. L'impulsion externe a sa source dans le monde extérieur : certaines circonstances dans la vie laissent entrevoir à l'homme des buts qu'en leur absence il aurait ignorés, par exemple une entreprise contre laquelle il doit se défendre ou qui le met dans la nécessité de fuir. Cette influence des impulsions internes et externes, à laquelle la nature elle-même soumet inéluctablement la volonté, agit non seulement sur la volonté de l'individu, mais aussi sur celle de la généralité, c'est-à-dire sur le droit.

Ceci nous donne la signification de l'idée de causalité dans l'histoire du droit. Elle est l'exposé des faits historiques qui ont donné au droit, à tel moment déterminé de son développement, sa physionomie particulière. Elle nous représente d'un côté le jeu des impulsions *internes* : le caractère national, l'état de civilisation d'un peuple à telle époque donnée, d'un autre côté elle dévoile l'empire des impulsions *externes*, en nous montrant les conditions économiques, sociales, politiques du peuple et en particulier son contact avec d'autres peuples, dont l'histoire du développement du droit romain atteste d'une façon éclatante l'influence régulatrice. Cette influence se révèle sous un double aspect, elle est *immédiate* et *médiate*. La première se manifeste par l'adoption dans le droit national (Réception du droit) de règles et d'institutions juridiques étrangères, voire de sources juridiques importées de l'extérieur ; la seconde se traduit dans l'impression exercée par un peuple sur un autre, façonnant sa manière de penser, de sentir, imprégnant ses usages, son mode d'existence pour autant que cette impression ait réagi sur le droit. Elle se manifeste encore dans l'autorité exercée par la science étrangère sur la jurisprudence, bref, sous ce second aspect, elle agit comme un fluide intellectuel et moral, imperceptible dans son action apparente, mais que découvre l'évolution même que subit le droit.

Toutes ces impulsions externes et internes représentent pour moi, dans leur ensemble, ce que j'appelle la *cause historique*. C'est celle-ci que j'ai en vue dans l'étude que je vais faire de l'idée de causalité dans le droit romain; je n'examine le *but*, qui forme le second membre de l'idée de causalité, que pour autant qu'il représente un intérêt *historique*. Il serait oiseux d'épiloguer sur le but des règles du droit lorsque ce but s'indique de lui-même; à quoi bon, par exemple, discuter la disposition qui commine une peine contre le brigandage, le vol, ou celle qui oblige l'emprunteur à restituer etc., ces règles constituent le fond immuable du droit, et l'histoire les abandonne aux spéculations de la dogmatique ou à la philosophie. A un double titre, néanmoins, elles peuvent, elles aussi, fixer l'attention de l'historien. D'abord, leur apparition historique plus ou moins précoce ou tardive, ensuite le mode plus ou moins particulier par lequel elles ont réalisé le but du droit, peuvent singulièrement éclairer l'époque de leur instauration. Comme exemple du premier fait, je citerai la constitution très précoce de la propriété foncière dans le plus ancien droit de Rome et l'apparition tardive de l'*actio doli* dans le droit postérieur. Pour le second fait, nous pouvons, dans l'ancien droit, constater la disproportion singulière entre la peine qui frappait les attentats à la propriété (vol, déplacement des bornes) et celle qui réprimait les injures. Nous verrons plus tard les conclusions que l'historien du droit doit en tirer.

A la *cause historique* des dispositions légales (dans le sens indiqué ci-dessus, de la *causa legis*) j'oppose l'*occasion* extérieure de leur apparition, l'*occasio legis*. Pareilles occasions extérieures sont attestées çà et là pour quelques règles du droit romain, par exemple pour l'*actio injuriarum aestimatoria* de l'édit du Préteur (Gellius XX, 1, 13) et pour le *Sctum Macedonianum* (L. 1 pr. de Scto Maced. 14, 6).

Au point de vue de la science, elles sont sans importance; tout ce qu'elles nous apprennent, c'est qu'à l'occasion d'un cas particulier la *conscience* du peuple a reconnu l'insuffisance du droit antérieur. Mais elles sont muettes sur les causes qui ont amené cette reconnaissance.

Il est des règles et des institutions juridiques auxquelles la même cause historique a donné naissance, mais qui se rattachent à des domaines entièrement différents : les unes appartiennent au droit public, les autres au droit privé, celles-ci concernent les obligations, celles-là la propriété ou les successions; d'aucunes relèvent de la procédure, d'autres ont leur base dans le fond même du droit. Si, mettant en pratique la méthode courante de l'histoire du droit, l'historien voulait s'en tenir aux classifications de la doctrine, il se trouverait impuissant à tracer un tableau d'ensemble de la pensée unique qui domine toutes ces matières. A titre d'exemple, je citerai le principe de l'inadmissibilité de la représentation dans l'ancien droit. Cette prohibition contient la cause, et par cela même l'explication, de toute une série d'institutions que la doctrine distingue absolument les unes des autres : la *fiducia* par mandataire en matière de propriété, le précaire par procuration en matière de possession, les adstipulateurs et adpromisseurs en matière d'obligations. Toutes cependant présentent ce lien commun qu'elles réalisent le but de la représentation sous la forme d'un *droit propre*. L'influence exercée sur la transformation du droit par l'agrandissement du territoire de l'Etat fournit un autre exemple. Le territoire originaire était peu étendu; point d'inconvénient sérieux donc, pour la pratique, à exiger, comme sous l'ancien droit, la présence simultanée des deux parties lors de la conclusion des actes juridiques ou de l'ouverture des débats judiciaires. Mais l'extension extrême du territoire amena la nécessité de faciliter les relations des hommes entre eux, malgré les distances qui

les séparaient, de rendre plus aisé le recours à la justice, de protéger l'absent contre les suites imméritées de son éloignement. De là naquirent une foule de phénomènes juridiques nouveaux : les contrats sans formes du *jus gentium*, les affranchissements sans les solennités du droit ancien, la représentation dans la procédure et dans la conclusion d'actes juridiques, la *restitutio propter absentiam*, et d'autres encore.

Nous trouvons là la preuve de l'exactitude de la proposition que nous avons développée déjà (p. 9 s.) : que l'histoire ne peut s'accommoder des classifications systématiques de la doctrine. La mission de l'historien n'est pas de démontrer le rapport *systématique* des institutions du droit, mais bien de mettre en relief leur corrélation *historique*; si celle-ci a une *cause* historique, c'est cette cause qui doit éclairer ses recherches.

Si l'idée de causalité force l'historien de grouper la matière autrement que le dogmatiste, elle lui impose aussi un devoir de preuve différent. La distinction s'établit ainsi : le dogmatiste, comme le mathématicien, emprunte la preuve à la cause *logiquement impérative*; l'historien prend son argument dans la cause *historiquement suffisante* (*causa sufficiens*).

Le second exemple que nous avons cité va caractériser la différence des deux procédés. On peut admettre à titre d'hypothèse que la cause historique de la transformation du droit ait pu être autre que l'extension du territoire de l'Etat et du développement commercial, on peut aussi admettre qu'elle n'a été que la résultante, dégagée de toute pression extérieure, d'une conception juridique plus mûre. Tant qu'une preuve directe, tirée des sources (preuve que je ne puis fournir), ne viendra pas corroborer la première hypothèse, on se trouve simplement en présence de deux possibilités dont aucune ne l'emporte sur l'autre comme

probabilité. Tel serait et devrait être le jugement du dogmatiste appliquant sa méthode. En réalité, cette erreur d'appréciation lui est assez coutumière, mais elle prouve précisément qu'il a confondu la preuve historique et la preuve dogmatique.

On objecte donc ceci : le fait *pouvait* avoir une autre cause. Incontestablement. Mais il pourrait arriver aussi, qu'on ait lancé une pierre par dessus le mur, que les carreaux d'une couche à melons aient été brisés, mais qu'au même moment un tiers ait aussi lancé sa pierre, ou qu'une brique se soit détachée du mur, et cependant nul juge intelligent n'hésitera à considérer la preuve comme fournie. Cette argumentation qui, au fond, consiste à laisser place à la possibilité du contraire, prévaut surtout dans les présomptions de la procédure criminelle. Or, ce que je revendique pour l'historien, c'est précisément le droit de recourir à ce mode d'argumentation, et de substituer à l'impératif logique la preuve *historique* qui fait appel à la cause suffisante. Elle convient partout où il est question du lien de causalité des faits dans la vie ou dans l'histoire ; si elle devait être repoussée sous le prétexte de son défaut de certitude absolue, le juge devrait acquitter le délinquant dans tous les cas où un fait ne peut être établi par des témoignages directs, et l'historien ne pourrait presque jamais produire qu'une série confuse de faits dépourvus de toute cohésion ; — c'est la preuve historique qui fait la base de l'administration de la justice et donne la clef du mouvement progressif du droit.

L'histoire du droit romain ne nous fournit presque jamais la preuve directe du nexus causal ; les sources ne charrient régulièrement que les faits historiques extérieurs, sans indication aucune quant à leur action réciproque. La combinaison historique doit venir établir leur rapport de causalité, et sa tâche est accomplie lorsqu'elle a pu découvrir une

cause qui explique le rapport conformément aux données de l'expérience. Pour l'historien, rien ne supplée au coup d'œil historique et divinatoire. L'imagination aidant, le passé revit et révèle le secret que la tradition historique est impuissante à découvrir. Le danger de se créer une illusion ne doit pas le faire reculer, et la science peut s'y exposer : c'est affaire à la critique de peser les objections. Les erreurs même de l'historien ont parfois engendré les plus heureux résultats: elles ont, par des voies détournées, conduit à la vérité qu'une logique rigoureuse n'eût jamais atteinte. Des hypothèses avortées, des déductions hasardées ont souvent marqué la première étape vers la certitude historique; elles contenaient le germe du vrai. C'étaient les fusées jetées dans les ténèbres et dont la science ne peut se passer pour éclairer sa route. Que quelques-unes seulement aient illuminé un point resté obscur, peu importe celles qui se sont évanouies en fumée.

J'établirai plus d'une de ces hypothèses dans le cours de cet écrit. Le résultat obtenu montrera si je suis dans le vrai. Toutes cependant ne se présenteront pas sous forme d'hypothèses. J'en préviens le lecteur. Lorsque dans l'ensemble d'un exposé historique, pour le reste entièrement vérifié, il se glisse une hypothèse isolée, je la présenterai comme telle. Lorsque, au contraire, toute la construction repose sur une base hypothétique, par exemple la reconstruction du système des actions en justice à l'époque la plus antique, la double nature de la propriété sur les *res mancipi* et *nec mancipi*, la situation juridique des pérégrins d'après les données de l'édit du *praetor peregrinus*, dans ce cas j'aurai recours à la forme de la description historique. Non que je veuille faire accepter pour certain ce qui ne l'est pas; mon but est d'exposer au lecteur une institution toute entière dans sa pleine harmonie, chose impossible si je devais à chaque instant apporter la preuve certaine

des matériaux historiques sur lesquels je fonde ma démonstration. Le lecteur compétent jugera de leur force probante, sans même que je doive, moi-même, insister sur ce point. L'apparence concluante de l'*ensemble*, la manière dont tout, certain et incertain, s'enchaîne et se complète donneront à mes déductions la force de convaincre. Je m'y prends comme l'éditeur d'un manuscrit qui complète les traits oblitérés ou illisibles d'après l'ensemble du texte, et en justifie la reconstitution par la congruence intime de sa conjecture à la pensée de l'écrit. J'invoque, en faveur de mes hypothèses, le fait qu'elles forment un tout régi par une pensée unique. Aura beau jeu celui qui voudra les éplucher en détail, car aucun de mes arguments n'apporte une preuve complète. Le défenseur aussi cherche à renverser fragment par fragment les présomptions qui s'élèvent contre l'accusé. Les jurés n'en laissent pas moins de reconnaître la culpabilité, leur conviction se forme sous l'impression de l'ensemble des indices produits. Je demande que l'on fasse de même pour la preuve par présomptions historiques que je vais faire dans cette étude.

J'en reviens enfin, une fois de plus, à la thèse fondamentale de ce livre : l'idée de causalité.

Je doute que le lecteur ait déjà pû se rendre compte exactement, de l'importance que cette idée prendra dans cet ouvrage; les deux exemples que j'ai cités (p. 28, 29) pour faire saisir ma pensée n'auront pu lui en donner la notion. Si je n'avais eu qu'à l'exposer pour des cas particuliers, j'aurais pu me passer de tout cet appareil d'idées générales que j'ai mis en œuvre pour la justifier dans cette introduction. L'architecte, qui n'a qu'à opérer de légers changements dans l'intérieur d'une maison, ne va pas établir des échafaudages comme s'il s'agissait de construire un édifice nouveau. Mais je ne pouvais échapper à l'exposition de ces idées générales, car il fallait avant tout déblayer la voie et dissiper l'erreur

qui obscurcit la vue de l'historien, erreur née de la théorie dominante du développement du droit *du dedans au dehors*, et de ses conséquences, pour y substituer cette autre conception, qui sera mon fil directeur : l'influence exercée sur le droit par le *monde extérieur*. Mon but porte même plus haut que le seul droit romain. Ici, comme dans mon écrit : L'ESPRIT DU DROIT ROMAIN, je veux amener la science à traiter l'histoire du droit par une autre méthode que celle employée jusqu'aujourdhui. Ce dernier ouvrage attirait l'attention de la science sur les *idées générales* qui se reproduisent dans les diverses institutions juridiques ; celui-ci lui dira l'importance et la fécondité de l'idée de la *causalité extérieure* dans l'histoire du droit, en démontrant, au moyen du droit romain, que des impulsions *extérieures* ont déterminé chacune de ses évolutions. C'est un écrit de tendance que je lance dans le monde. Il apporte une conception nouvelle de l'histoire, et en trace le programme. Si même je voulais taire le mot qui caractérise mon but, il monterait aux lèvres du lecteur : je tente une *révolution dans la méthode actuelle de présenter l'histoire du développement du droit.*

Déjà aujourd'hui, la même révolution, féconde en résultats, a été accomplie dans le domaine des sciences naturelles et celui de la médecine. On y a reconnu que les *phénomènes internes* sont dûs à des *causes extérieures*. Combien de ces manifestations ramenait-on autrefois à des causes internes et qui, on le sait aujourd'hui, naissent à la suite d'influences extérieures (bacilles) : la moisissure, la putréfaction, la fermentation, la maladie etc. ? Cette constatation est une des plus précieuses conquêtes de l'histoire naturelle à notre époque. J'ai la conviction que dans toutes les branches des connaissances humaines, là est la voie à suivre pour amener le progrès de la pensée et de la recherche scientifique.

Découvrir le lien qui soumet tout phénomène interne à

une cause extérieure, tant dans l'ordre physique que dans l'ordre intellectuel, tel est le mot d'ordre de la science à venir. Elle aura accompli un progrès immense en reconnaissant l'influence exercée par le monde extérieur sur les peuples comme sur les individus, là même où, d'après l'apparence extérieure des choses, il semblerait n'y avoir que l'œuvre spontanée de la pensée et du vouloir humains. L'avenir ne saurait imposer aux sciences morales, sociales et politiques, de plus dur, mais aussi de plus utile travail.

Mon présent ouvrage est une contribution à ces études nouvelles. L'influence que les impulsions extérieures ont exercée sur la transformation du droit romain, s'y trouve écrite en traits plus éclatants que dans nul autre droit. C'est la mode de louer son développement soi-disant organique ou naturel; on nous le montre suivant sa longue marche ascendante, lentement, avec réflexion, n'ayant subi ni commotions violentes, ni modifications radicales. On croit que le développement s'est fait du dedans au dehors, et que c'est précisément là la marche exacte et normale. L'exemple est malheureux. On confond la lenteur, l'imperceptibilité du développement avec le rayonnement du dedans au dehors. Les gigantesques révolutions que le droit romain a traversées ont toutes été amenées par des causes extérieures, toutes les transformations qu'il a subies ont été violemment conquises. Je les citerai brièvement : il importe de donner dès à présent une notion claire de l'efficacité de l'idée de causalité.

Les impulsions extérieures qui ont exercé une influence décisive sur la transformation du droit romain sont au nombre de cinq.

1. Les Plébéiens.

Leur influence sur l'aplanissement des différences juridiques entre eux et les Patriciens et sur la codification du

droit dans la loi des XII tables est un des faits les plus fertiles en conséquences que nous révèle le droit romain. Il est si universellement connu qu'il n'y a pas lieu de se livrer à ce sujet à une vaine démonstration. Toute la transformation qui s'est opérée dans le droit, et qui caractérise les premiers siècles de la république est l'œuvre de la *contrainte extérieure* exercée par les Plébéiens sur les Patriciens. Pareille évolution n'eût jamais pu se produire du dedans au dehors.

2. Le mouvement pérégrin a Rome.

Ce mouvement qui s'était précipité avec le temps rendit nécessaire une organisation nouvelle de la justice. Elle se traduisit par la création du *prætor peregrinus*, chargé de régler le commerce juridique des pérégrins entre eux ou de ceux-ci avec les Romains. Le *prætor peregrinus* enrichit le droit romain de deux institutions qui lui ouvrirent un horizon nouveau : la procédure formulaire, qui consacra un nouveau *mode de procédure*, et l'édit du Préteur qui devint bientôt une nouvelle *source du droit*. Quand elles eurent subi, devant son tribunal, ce que l'on pourrait appeler l'*épreuve expérimentale* du droit civil, et que le droit pérégrin, sous le rapport de la commodité et de la facilité de son application, eut manifesté sa supériorité évidente sur le droit antique et purement romain, la législation et le *prætor urbanus* accueillirent les deux institutions dans le droit civil. Ce fut, encore une fois, une réforme fondamentale introduite dans le droit romain, grâce à une impulsion toute extérieure.

3. L'extension géographique du domaine de l'État et du droit.

L'ancien droit était un *droit urbain* ; il supposait, pour la plupart des actes juridiques, la *présence* dans Rome des

parties; pour les autres, leur comparution simultanée, au moins, était requise. J'ai déjà indiqué (p. 30) comment et dans quel sens ce fait a influé sur le droit.

4. Le droit grec et la science grecque.

Toute une série d'institutions nouvelles importées dans le droit romain, se rattachent au *droit grec*. Leur nom seul, conservé par les Romains (*hypotheka, hyperocha, antichresis, emphyteusis, arrha*[1], *parapherna, antipherna, proxeneticum, syndicus* etc.), témoigne de leur origine hellénique.

La *science grecque* a ouvert la nouvelle ère de la jurisprudence romaine, qui commence à la fin de la République avec Quintus Mucius Scaevola et atteint son plein épanouissement sous l'Empire. C'est la *période académique* de la jurisprudence romaine. Le mouvement partit des rhéteurs et des grammairiens grecs qui inaugurèrent leur enseignement à Rome. Les juristes romains leur empruntèrent deux innovations; l'une, *extérieure*, consistait dans l'organisation, inconnue jusqu'alors, d'*écoles publiques;* l'autre, *intérieure*, fut l'adoption d'une *méthode scientifique* inconnue également de la jurisprudence antérieure, et que, pour abréger, j'appellerai la *méthode systématique* ou *méthode des principes*. Cette méthode fut toute une révolution dans le droit : elle est due à l'influence vivifiante que l'esprit grec exerça sur la pensée romaine. Encore une fois une impulsion du dehors.

Il faut y ajouter le recrutement des juristes dans les parties non romaines de l'Empire, qui infusa à la jurisprudence comme un sang nouveau en élargissant ses conceptions juridiques. Durant cette période, le droit romain fut soumis

(1) Les *arrhes* ont été transmises des Phéniciens aux Grecs et de ceux-ci aux Romains. La marche historique se manifeste linguistiquement dans le sémit. *ereb*, grec ἀῤῥαβῶν, latin *arrha* — l'*h* après l'*r* atteste l'origine grecque.

à l'examen critique des étrangers. Sans son contact avec la science grecque, et la conception plus libre de l'étranger, jamais le droit romain postérieur n'eût atteint la perfection à laquelle il s'est élevé.

5. Les provinces.

Les pages qui nous montrent l'action énorme que les provinces exercèrent sur Rome et sur les Romains, sont à peine écrites. Ce sont les plus sombres de l'histoire de Rome. Les provinces furent le tombeau du caractère national et de la liberté romaine. Favorisant l'arbitraire, la cupidité, l'orgueil, la débauche des Romains, elles les empoisonnèrent jusqu'à la moëlle, et alors survint la décomposition complète d'un organisme qui, sans ces causes morbides, eût conservé la force et la santé qui avaient fait sa gloire pendant tant de siècles. Les provinces préparèrent l'Empire romain: il triompha à Rome à la suite de César et de son armée. J'ai signalé le tribunal du *prætor perigrinus* comme le banc d'épreuve du droit civil; les provinces furent la station expérimentale de l'Empire.

Ce sont les provinces qui hâtent la transformation de la procédure criminelle : aux tribunaux populaires, on substitua d'abord les *qæstiones perpetuæ*, puis la juridiction criminelle des fonctionnaires impériaux avec toutes les innovations qu'elle entraîne à sa suite: l'appréciation discrétionnaire des juges, l'aveu arraché au moyen de la torture, les châtiments corporels, les peines capitales, choses qui eussent fait horreur au Romain du bon temps. Les provinces furent d'abord les victimes méprisées de ces expériences: à leur tour, les générations romaines suivantes payèrent largement le crime de leurs ancêtres. Sous la République, les provinces avaient souffert de l'arbitraire et de l'inhumanité de Rome. L'Empire ramena, des provinces à Rome, l'ère des cruautés. Et lorsque le peuple romain râla, épuisé, sous

le châtiment qu'il avait lui-même provoqué, alors vint le Barbare qui escalada le trône impérial, et mit le pied sur la tête de son maître d'autrefois. L'univers s'était vengé de Rome.

Le livre I de cet ouvrage poursuit l'idée de causalité, mais, dépassant l'histoire du droit romain, il remonte jusqu'aux origines préhistoriques du peuple romain(1).

Généralement l'historien envisage l'individualité d'un peuple, le type populaire, le caractère national, comme un fait acquis qu'il n'y a qu'à accepter. Il ne se dissimule pas, il est vrai, depuis que MONTESQUIEU a fortement insisté sur ce point, que les circonstances les plus diverses ont exercé une influence déterminante sur l'individualité des peuples (*circonstances naturelles* : le climat, le sol, et leur action respective; *circonstances historiques* : les destinées de la vie des peuples, leurs relations, amicales ou hostiles, avec d'autres peuples, etc.). Mais il n'a jamais réussi à démontrer pratiquement le fait de cette influence sur un peuple déterminé. La méthode à l'ordre du jour traite les divers peuples comme des entités déterminées qu'il faut étudier telles quelles. Pour ma part, je ne découvre dans l'histoire rien qui ait une existence *à priori* : tout est *devenu*, les nations elles-mêmes. Des individus, des familles, des tribus sont les germes originaires d'où sont sortis les peuples. La nature a-t-elle déjà renfermé dans ces premiers germes l'individualité à venir des peuples? La réponse serait affirmative s'il en était des peuples comme des individus. L'embryon humain, sans nul doute, contient l'homme qui sera, et quel que soit le développement qu'amèneront pour lui les vicissitudes de l'existence, il reste toujours le premier motif de son être; c'est le moi inné, dont l'homme ne se détache jamais. Mais les peuples ne *naissent* point, ils se *forment* et l'individualité

(1) [De ce livre I projeté est né ensuite tout le livre des *Indo-européens avant l'histoire*; néanmoins, pour rester complet, nous reproduisons ici toute la conclusion de cette introduction à l'histoire du droit romain.]

qu'ils acquièrent, leur type caractéristique, n'est point, comme le moi inné de l'être humain, l'œuvre de la *nature*, mais celle de l'*histoire*. Le caractère d'un peuple est le résultat de toute la vie qu'il a vécue, de tout le passé de son existence. Celui qui pourrait scruter tous les événements qui se sont déroulés sur la terre et leurs causes ultimes, verrait toutes les conditions de l'existence terrestre, le sol, le climat, l'alimentation, les occupations, les faits importants, voire les personnalités éminentes, concourir à la formation du caractère d'une nation déterminée. L'action de tous ces éléments divers lui apparaîtrait aussi manifeste qu'au chimiste celle des éléments divers qui composent le corps qu'il vient d'analyser. La formation du caractère national échappe à l'œil de l'historien ; mais il peut en saisir quelques indices. Certains faits dans la vie du peuple, influent si ouvertement sur son caractère propre, qu'il est impossible de nier leur puissance.

Il en est deux que je dois spécialement examiner à raison même du programme que je me suis tracé. J'ai déjà touché l'un : l'abaissement du caractère des Romains, grâce aux dérèglements de leur vie dans les provinces livrées à leur arbitraire. L'autre est antérieur au peuple romain : il remonte à l'époque de la migration des peuples indo-européens d'Asie en Europe. Ce dernier événement, à la vérité, sort du cadre de ce livre, qui traite de l'histoire du développement du *droit romain*, mais la préhistoire du peuple et du droit romain, a fourni, je crois, de précieux renseignements.

Le plus remarquable, je pense, est d'avoir fait connaître comment la migration des peuples indo-européens a fait de l'Asiatique l'homme destiné à ajouter, sur la terre européenne, une nouvelle page à l'histoire universelle. C'est la migration qui a créé le type de l'Européen en opposition avec celui de l'Asiatique. Autre l'Indo-Européen a abandonné le sol natal,

autre il a touché le sol de l'Europe. Sa transformation est le résultat de la migration. La différence de leurs destinées après leur séparation, les inégalités que créèrent dans leur existence les centres où ils se fixèrent, furent, on ne saurait en douter, les causes qui amenèrent pour les peuples européens les différences qui les signalent. Pour les Grecs, pour les Latins, pour les Germains, je suis à même de pouvoir indiquer les conditions spéciales de vie auxquelles ils ont obéi. Et si je parviens à faire comprendre non-seulement commentla migration a pu influer sur le caractère typique commun à tous les peuples indo-européens, mais encore comment le site même de la patrie nouvelle a pu façonner le caractère *individuel* de ces trois peuples, j'aurai apporté une démonstration nouvelle de l'importance de l'idée de la causalité extérieure. J'aurai mis au jour un fragment d'histoire là où l'on n'apercevait qu'un jeu de la fatalité.

Mais j'avais un autre but, encore, en fouillant dans les temps préhistoriques des Indo-Européens. J'avais à reconnaître, et cela sous un double rapport, l'antique droit romain. Je suis remonté tout d'abord jusqu'aux Aryas, le peuple père, afin de démêler quel fut son apport au droit romain; et cet apport, j'ai reconnu qu'il fut bien minime. Je crois en avoir découvert la raison. La période de migration, au contraire, a fourni une contribution considérable au droit romain. Une série d'institutions romaines s'y rattachent intimement. Je ne m'appesantirai pas sur l'organisation publique antique; elle fut toute militaire comme on sait. Elle marchait du reste de pair avec l'organisation militaire elle-même, dont la nécessité s'imposait et répondait à toute évidence à la discipline indispensable au peuple migrateur. Je citerai le régime des auspices, le *ver sacrum*, le rapport entre la fonction religieuse des pontifes et leurs attributions techniques, la clientèle, et surtout la constitution de la

famille : la monogamie établie en principe, la situation de la femme mariée, la prohibition du divorce arbitraire, la force obligatoire des fiançailles, l'interdiction de l'exposition des enfants mâles. J'espère pouvoir démontrer que toutes ces institutions se rattachent intimement aux nécessités de la migration.

Le lecteur maintenant, je l'espère, se sent préparé à l'étude du thème qui va se développer dans le premier livre : l'idée de la causalité extérieure dans l'histoire primitive du peuple et du droit romains. Cette idée ne le quittera plus.

LIVRE I.

L'ANCIEN DROIT PRIVÉ(1).

APERÇU GÉNÉRAL.

La maison romaine est le point de départ et le centre de toutes mes recherches. Tout droit privé prend naissance dans la maison. Dans une exposition purement historique, on peut, sans forcer les choses, lui attribuer au début cette origine, lors même qu'il semble s'en éloigner. C'est ce que prouvera l'exposé qui va suivre. J'étudie d'abord la fondation de la maison romaine : le mariage. J'examine ensuite le pouvoir du chef de famille dans son intérieur : puissance sur les siens, pouvoir sur les biens. Puis nous verrons les rapports du chef de famille avec le dehors, en commençant par les rapports actifs : sa position juridique à l'extérieur. Celle-ci diffère selon que le droit l'envisage sous le rapport de la *manus* ou non; dans le premier cas le *paterfamilias* a la *vindicatio,* qui lui est refusée dans le second. Nous obtenons ainsi la division bipartite de la notion antique du patri-

(1) [Dans la composition des chapitres qui suivent, Jhering voulait, semble-t-il, se restreindre essentiellement au droit privé; le programme d'ensemble que projette l'introduction paraît n'avoir surgi en son esprit qu'après coup.]

moine : distinction entre *familia* et *pecunia*, entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*. Après avoir développé l'importance sociale et les conséquences juridiques qui en découlent, nous en reviendrons à la famille (1). Deux institutions communes étroitement unies, solliciteront alors notre examen : la *vindicatio* et le témoignage. Enfin nous assisterons à la paralysie momentanée de la maison romaine (captivité du chef de famille) et à sa dissolution (succession).

Ici se termine la première partie de notre exposition de l'ancien droit privé : la constitution de la maison romaine. Dans la deuxième partie, nous passerons en revue les rapports que la parenté établit entre diverses familles : l'agnation et la gentilité. Nous aurons d'abord étudié l'individu, ici, il nous apparaîtra comme membre d'une association au sein de laquelle il trouve protection, mais aussi qui le restreint dans ses allures

I.

LA CONSTITUTION DE LA MAISON ROMAINE.

I. — FONDATION DE LA MAISON — LA FAMILLE — MARIAGE — SITUATION DE LA FEMME — ENFANTS.

Toute civilisation débute par l'établissement d'une demeure fixe dans un endroit déterminé. La fixité est nécessaire pour qu'une chose dure et devienne stable. L'allemand le dit éloquemment: *Sitte* (usage), *Satzung* (statut), *Gesetz* (loi, de *sitzen*, *setzen*, poser, asseoir), *Gewohnheit* (coutume, de *wohnen*, demeurer). Le latin également emprunte à l'idée de demeure la notion fondamentale de l'ancien droit privé,

(1) [La division de la matière ici établie par Jhering ne se retrouve pas entièrement dans les fragments conservés. Les explications sur la distinction de *familia* et *pecunia* sont au contraire placées en tête du chapitre sur la puissance domestique, ainsi que Jhering l'avait projeté dans le principe.]

celle de la *familia*. *Familia*, étymologiquement, c'est l'habitation, la maison(1), non pas dans le sens naturel (*domus*, *aedes*), mais au point de vue juridique et économique, c'est-à-dire la base de toute l'existence économique et privée, la maison avec tout ce qui s'y trouve et s'y rattache : femme, enfants, esclaves, champs, bref le ménage, et spécialement, comme nous le verrons plus loin, le ménage rural. *Familia* comporte une notion juridique, sur laquelle repose presque tout l'ancien droit privé. Une partie insignifiante se rattache à une autre notion : la *pecunia*. La *familia* est fixe, stable, continue; la *pecunia* est passagère, changeante, flottante. L'étymologie du mot *familia* révèle le caractère économique et juridique de la chose. La *familia* doit donc perdurer; elle ne le peut que si une femme attache l'homme à la demeure et partage avec lui les soins du ménage. Avec la femme, la *familia* s'élargit; elle monte des choses aux personnes, elle embrasse la femme elle-même, d'abord, puis les enfants qu'elle met au monde pour l'homme, et les enfants de ceux-ci, pour comprendre enfin tout le cercle des agnats liés par la communauté d'une descendance unique(2). La notion de famille trouve là sa plus large extension; au delà de ce cercle, l'agnation s'en éloigne. Cette notion exclut également la parenté par les femmes (cognats): *Mulier*, disent les juristes (L. 195, § 5 cit.), *familiæ suæ et caput et finis est*.

Le droit de succession consacre la corrélation des rapports matériels et personnels dans le sein de la *familia*. Le

(1) Du sanscrit *dhâ*, poser, *dhaman*, habitation, demeure, et de là aussi *famulus* le cohabitant, le serviteur. G. Curtius, Grundzüge der griech. Etym., 4e édit. 4 p. 254. Cp. aussi Esprit du droit romain, 3e éd., t. II, p. 156, note 2.1.

(2) L. 195, § I de V. S. (50-16). *Familiæ appellatio... et in res et in personas deducitur*. Signification plus étroite de la notion dans le dernier sens (*jure proprio*): les personnes liées par la même *potestas*; signification plus large (*communi jure*) : les agnats.

droit aux biens (*familia* dans le sens matériel) est exclusivement réservé aux membres de la communauté (*familia* dans le sens personnel).

C'est à la *familia* même que le langage a emprunté le nom de celui qui est à sa tête, le *pater familias*. Il le désigne ainsi comme celui qui a le devoir de nourrir la famille, de la protéger et de la maintenir (1). Ce devoir, l'adulte seul peut le remplir; telle est la règle, car d'après la loi commune, le père ne meurt que lorsque les enfants sont adultes. Meurt-il avant, son bien, à la vérité, échoit aux enfants (*patrimonium*, patrimoine, bien du père); juridiquement, ils remplacent alors le *pater familias*. Dans ce sens l'enfant au berceau lui-même est *pater familias*, c'est-à-dire propriétaire du patrimoine qui lui est échu — mais l'incapacité naturelle des enfants non adultes à se protéger eux et leurs biens, est suppléée par l'intervention d'un protecteur spécial (le *tuteur*).

Herus est une autre expression qui désigne le chef de famille. Par ce mot, l'on entend le nouveau chef de famille, l'héritier (*heres*), et la désignation de l'objet même de la propriété privée s'y rattache (*heredium*). Il est douteux qu'à l'époque antique le mot *dominus* fût déjà connu avec cette signification. La *lex Aquilia* du VIe siècle appelle *herus* celui qu'elle aurait parfaitement pu qualifier de *dominus*.

La position juridique du chef de famille par rapport à la *familia*, fera l'objet d'un examen subséquent. Nous avons d'abord à considérer l'établissement de la maison romaine, qui ne s'accomplit que par l'entrée de la femme dans la demeure (*deductio in domum*).

Toute femme que l'homme introduit dans sa maison pour partager son existence, ne devient pas *sa femme*. Pour lui conférer ce titre, des conditions spéciales et des formalités particulières sont requises. Rien n'empêche l'homme de

(1) Du sanscrit *pá*, nourir, protéger, maintenir. V. CURTIUS, l. c. p. 270.

cohabiter avec une esclave, d'en avoir des enfants; mais ceux-ci ne tombent pas sous la puissance *paternelle*; il n'exerce sur eux que le pouvoir du maître. Ces enfants ne comptent pas au même titre que les cohabitants *libres* de la maison (double sens de *liberi* : les personnes libres et les enfants), ils ne font pas partie des siens (*sui*); ils suivent le sort de la mère; ils sont esclaves. Ce ne sont pas des enfants au sens du droit (*légitimi*), ils ne sont tels qu'au sens purement naturel, à raison du seul fait de la procréation (*naturales*). Les enfants procréés avec une femme libre, dans une union libre, échappent, il est vrai, à l'esclavage, mais eux non plus ne sont pas des enfants au sens juridique, ils ne tombent pas sous la puissance du père, ils restent étrangers à la famille, et ne jouissent d'aucun droit successif vis-à-vis de lui, ni vis-à-vis de ses agnats. L'enfant juridiquement vrai suppose la mère vraie, et celle-ci ne l'est qu'en justes noces : le mariage forme la condition de toute la famille romaine. Seul il consacre les rapports entre les époux, établit la puissance du père sur les enfants, crée l'agnation, donne aux enfants leur droit successif vis-à-vis du père et vis-à-vis des agnats; à défaut de mariage, les enfants n'héritent pas même de la mère, les parents les plus proches les écartent.

Cette conception élevée du mariage, au point de vue du droit et de la morale, si proche de la doctrine de l'Eglise chrétienne, et l'organisation de la vie conjugale répondant si bien à la véritable essence du mariage, est un des traits les plus caractéristiques de l'âme romaine au bon vieux temps. Rome, sous ce rapport, dépasse tous les peuples de l'antiquité, et cette circonstance n'a pas laissé que de jouer un grand rôle dans son histoire. La maison est le siège de la moralité : la gardienne de celle-ci, c'est la femme. Si la femme n'occupe pas, comme épouse, la situation qui lui revient, elle ne l'occupe pas non plus comme mère. Je le

répète, il faut aux enfants la vraie mère, et celle-ci ne l'est qu'à titre d'épouse légitime. A l'époque la plus brillante de Rome règne la sévérité de la vie conjugale; quand le dérèglement s'y introduit, la décadence de la grandeur romaine a commencé. Les femmes et les mères romaines ont eu leur part dans les triomphes de Rome; l'histoire les acclame au même titre que ses citoyens.

Le respect de la femme est la première condition de toute organisation correcte de la vie conjugale. Si ce respect n'existe pas chez le peuple, comment, par cela seul qu'elle se marie, la femme le trouvera-t-elle dans la maison, aux côtés de son mari? Au lieu d'être l'associée égale en dignité, la compagne de l'homme, vivant de sa vie, dans une communion absolue, elle n'aura plus d'autre fonction que de partager son lit et sa table. C'est là la position de la femme en Orient, conséquence du peu d'estime qu'elle inspire. Si le développement historique s'est élevé si haut dans l'Occident, ce progrès est essentiellement dû au changement survenu dans la situation de l'épouse et de la femme. Autres femmes, autres hommes! Ce fut la dot que les peuples occidentaux emportèrent en abandonnant la mère patrie; l'Inde, ce berceau de leur plus antique civilisation, peut se glorifier de les avoir gratifiés, pour qu'ils les emportassent à travers leur existence errante, de ces deux dons: le respect de la femme et la religion du mariage. Tous n'ont pas gardé leur trésor aussi fidèlement que les Romains et les Germains. Les Grecs s'établissant en Asie mineure, vinrent en contact avec les peuples asiatiques, se familiarisèrent avec leurs idées et leurs usages, et s'en inoculèrent les vices. Pour les Grecs, la femme est un être incomplet; le mari grec, ne rencontrant pas en elle la satisfaction de son idéal, abandonne la maison pour le chercher ailleurs; il se plaît parmi d'autres hommes, il recherche les hétaïres et les beaux éphèbes. Refusant à sa femme son amour tout entier, il

doute du sien et l'enferme dans le gynécée. Sparte seule, conservatrice comme Rome — on pourrait l'appeler la Rome grecque — s'en tint à la tradition; la femme spartiate occupait la même situation que la femme romaine, et Sparte aussi exalta ses femmes et ses mères.

Pour l'ancien Romain, peut-être parce que moins raffiné que le Grec, la femme était un être complet. Elle est son associée, son égale, la compagne de sa vie, partageant tout avec lui : les choses divines, comme les choses humaines (1), et précisément parce que cette union est saine, il ne songe pas à se méfier de son épouse, à lui interdire tout commerce avec les autres hommes, ne l'empêche pas de paraître dans les endroits publics (2). L'épouse occupe cette position, non pas parce qu'elle est épouse, mais parce qu'elle est femme et que le Romain a le respect de la femme. Partout où la nature ne commande pas de distinguer les sexes, le Romain met la femme sur la même ligne que lui. Le droit héréditaire antique, qui ne fait aucune distinction entre les deux sexes, en fournit une preuve frappante : la fille recueille la même part que le fils, l'agnate et l'agnat sont également partagés; à défaut d'enfants, la succession toute entière échoit à la veuve, qui écarte la branche masculine; il en est de même pour la sœur, à défaut de veuve. Pour apprécier toute la signification de ce fait, il suffit de voir quelle déconsidération le droit de tant d'autres peuples inflige à la femme. En Grèce, le parent mâle le plus proche écartait absolument la femme, et le sort d'une fille héritière était

(1) La définition d'Ulpien, L. 1 de R. N. (23.2) : *nuptiæ sunt conjunctio maris et feminæ, consortium omnis vitæ, divini et humani juris communicatio* date, il est vrai, de l'époque postérieure, mais, comme nous le verrons, elle est également exacte pour l'époque la plus ancienne.

(2) Quant à la position sociale de la femme à Rome, on me permettra de renvoyer à des recherches antérieures : Esprit du D. R. II, p. 200 ss.

franchement lamentable, le parent le plus proche pouvant l'enlever à son mari.

A la vérité, le droit ancien établit maintes différences entre l'homme et la femme. Celle-ci ne jouit pas de toute la capacité que possède celui-là, mais on ne peut en conclure qu'il y eût mépris de la femme ou intention de la frapper de déconsidération. C'est tout simplement la consécration rationnelle de la différence entre la mission de l'homme et celle de la femme. La femme règne dans la maison, sa place n'est pas marquée dans la vie publique; aucun peuple n'a astreint la femme au service militaire, ne l'a admise aux fonctions de l'État, mais à Rome les charges militaires sont égalisées pour la femme comme pour les impubères, au moyen d'un impôt (1). La femme ne peut pas paraître dans les assemblées du peuple, et comme conséquence, certains actes lui sont interdits, qui ne peuvent s'accomplir que là : le testament et l'arrogation. Nous verrons, du reste, que d'autres motifs de fait justifiaient cette restriction. Même à la vie des affaires, la femme doit rester étrangère, à moins qu'il ne s'agisse de ses intérêts propres (incapacité d'être témoin solennel, de représenter en justice, et d'après le droit postérieur, d'intercéder). Toutes ces restrictions n'enlèvent rien à la considération due à la femme. Deux institutions seulement semblent témoigner de quelque mésestime : ce sont la *manus* du mari sur sa femme, et la tutelle des femmes (*tutela mulierum*). On serait tenté d'en inférer que le Romain tenait la femme comme un être incomplet, qu'il l'avait condamnée à une éternelle minorité. En réalité la chose n'est pas.

La *manus* n'est que la puissance du chef de famille dans son application spéciale à la femme; les enfants eux-mêmes sont soumis à cette puissance, et plus rigoureusement encore,

(1) L'*æs hordearium equestre militare*. GAIUS IV. 27.

car le père peut les vendre, tandis que la vente de la femme est interdite au mari (v. plus loin), et, abstraction faite de la fille qui se marie et passe de la *patria potestas* sous la *manus* du mari, la puissance du père sur les enfants ne prend jamais fin de leur vivant. Lorsque le fils se marie, sa femme, ses enfants, ses petits-enfants tombent sous la puissance du père. C'est bien là la preuve qu'aux yeux des Romains la puissance du père de famille n'avait rien de dégradant et ne reposait pas sur une idée d'incapacité.

Seule, la tutelle des femmes se présente pour elles avec un caractère particulier. A l'époque de sa puberté, le fils qui a perdu son père est libéré de la tutelle (*tutela impuberum*), la fille, dans ce cas, est pourvue d'un tuteur, qui continue ses fonctions jusqu'au mariage qui la fait entrer sous la puissance maritale; si le mari vient à mourir, le tuteur rentre en charge. Mais cette tutelle est limitée; le tuteur n'a pas à intervenir dans les rapports personnels de la femme, ni, en général, dans le gouvernement de ses biens. Son *autoritas* n'est exigée que pour les dispositions de sa pupille sur la *familia*. Elle dispose comme elle l'entend de sa *pecunia*, c'est-à-dire de tous les revenus de son patrimoine, elle reste même maîtresse absolue de celui-ci, pour autant qu'il consiste en argent ou en *res nec mancipi* (v. plus loin). La femme grecque ne pouvait disposer d'aucune valeur dépassant un médimne. La tutelle à laquelle elle était soumise reposait sur sa dépendance et son incapacité complètes. Celle des femmes à Rome avait un tout autre caractère; elle tendait à la conservation de la fortune patrimoniale (*familia*) dans la famille. Et ce principe, comme nous le verrons, visait également les hommes, bien que dans une mesure moindre. L'incapacité de tester, inscrite pour la femme dans l'ancien droit, se rattache, à mon avis, à ce même principe. Il s'étend même aux hommes, en ce sens que tout testament devait être revêtu de l'assentiment du peuple.

De par son essence, la puissance paternelle est égale pour l'un et l'autre sexe, à de légères différences près. L'exhérédation du fils doit être conçue en termes exprès (*nominatim*), celle de la fille et des petits-enfants peut s'exprimer par une formule générale (*inter ceteros*); le père peut jusqu'à trois fois donner son fils en servage, il ne le peut qu'une fois quand il s'agit de la fille. Chacun des deux sexes jouit ici de ses privilèges propres.

Tout compte fait, il est certain que sous l'ancien droit la position de l'homme était tout autre que celle de la femme, mais à se rapporter à l'époque ancienne, et à examiner les choses à ce point de vue, la considération de la femme restait intacte. L'homme est de naissance le maître suprême; seul il possède la puissance sur des personnes libres, dans la famille comme dans l'Etat; — seul, il peut exercer la *patria potestas*, la *manus*, la *tutela* et la *curatela*; la femme en est incapable même vis-à-vis de ses enfants, car toujours elle-même se trouve sous puissance. Mais l'*imperium* du magistrat et la *patria potestas* ne rabaissent en rien la dignité du citoyen et de l'enfant; la *manus* et la *tutela* de l'homme non plus ne ravalent pas celle de la femme. La physionomie du mariage romain écarte tout doute à cet égard; elle contient le témoignage éclatant des sentiments du Romain sur le rapport des deux sexes.

Avant de décrire ce rapport, je dois signaler une particularité qui concerne la position juridique de l'homme vis-à-vis de la femme. Le droit ancien établit ici une distinction étrange; il connaît deux formes de mariage, le mariage par *confarreatio* qui dès sa conclusion plaçait la femme sous la *manus* du mari, et une autre forme qui, pour amener le même résultat, réclamait en outre un acte spécial : la *coemtio*.

L'un et l'autre mariage conservent à la *manus* son même caractère; elle place la femme sous la puissance du chef de famille sous le rapport de sa personne et de ses biens; elle

est vis-à-vis de lui dans la même dépendance que les enfants vis-à-vis du père. Toute la différence gît dans l'acte générateur de cette puissance, mais elle est capitale. Il y a plus qu'une simple question de forme. Nous nous trouvons devant deux conceptions du rapport conjugal fondamentalement différentes et contradictoires. Selon la première, la femme est de droit soumise à la *manus*; selon la seconde, elle peut conserver son indépendance. Il n'est pas possible que ces deux conceptions soient nées sur le même sol. Si, cependant, nous les rencontrons à Rome, à l'époque historique, adoptées par un seul et même peuple, force nous est de chercher à découvrir leur origine différente. En appeler à la différence des temps ne suffit pas. Si l'une s'était substituée à l'autre, il resterait à se demander pourquoi, après l'apparition du mariage sans *manus*, c'est-à-dire du mariage libre, on aurait encore eu recours à la *coemtio*, pour y ajouter la *manus*. L'opposition qui existait entre la position des Patriciens et celle des Plébéiens fournit la seule explication possible. Je me rallie à cette opinion que d'autres ont professée. Le mariage avec *confarreatio* est le mariage patricien; l'autre, où l'existence de la *manus* est une affaire de convention, constitue le mariage plébéien. Telle était la manière de voir des Romains eux-mêmes. Ils font remonter jusqu'à Romulus la formation juridique du mariage par confarréation (1). Ce qui veut dire que cette forme de mariage fait partie des institutions fondamentales de l'État familial créé par le fondateur de Rome. La présence des dix témoins à la conclusion de ce mariage vient corroborer cette assertion (V. p. 58 ss.).

Cela même admis, le mariage libre apparaît encore comme une institution bizarre; elle ne cadre pas avec la constitution fondamentale de la maison romaine. Celle-ci a

(1) DIONYS. II, 25.

pour base la puissance illimitée du chef de famille, pour laquelle il n'y a nulle raison d'admettre une différence originaire entre Patriciens et Plébéiens. Au point de vue même du mariage libre, la *manus* apparaît comme l'expression naturelle du rapport conjugal, car, à l'expiration d'une année, ce mariage se convertit *usu* en un mariage avec *manus*, à moins que cette conséquence n'ait été écartée par convention spéciale (absence de la femme durant un *trinoctium*). La même incohérence se produit à l'occasion de la tradition d'une *res mancipi*, dont le vice est également couvert par l'*usucapio*. A mon avis, c'est une énigme historique qui se dresse devant nous ; c'est la déplacer, et non la résoudre, que de rapporter le mariage libre aux Plébéiens. Laissons subsister l'énigme plutôt que de nous livrer à des conjectures. Les plus heureuses ne nous apporteraient jamais que les motifs pratiques qui ont fait préférer au mariage rigoureux le mariage libre déjà existant(1), mais quant à l'origine de ce dernier, elles ne nous apprendront rien.

La différence qui existe par rapport à la *manus*, permet cependant de donner une exposition générale de l'antique mariage romain. Nous allons tenter cette exposition, et nous signalerons la différence en question partout où elle paraîtra cause d'une anomalie.

Les traits suivants caractérisent l'essence du mariage romain.

I. *Le mariage établit entre les deux époux un rapport exclusif:* — un homme, une femme — c'est le principe de la *mono-*

(1) V. des conjectures de ce genre dans l'Esprit du D. R. II. p. 186. On peut ajouter encore le cas du mariage d'une Patricienne avec un Plébéien, depuis que pareil mariage fut admis à la suite de la *lex Canuleia*; il permettait à la femme de rester patricienne, tandis que le mariage rigoureux lui faisait éprouver une *capitis deminutio* qui rompait tout lien avec sa famille.

gamie. La tradition grecque semble attester l'existence d'une polygamie aux temps héroïques de la Grèce(1); l'époque primitive de Rome n'en porte aucune trace. Depuis sa première apparition sur la scène du monde, jusque dans les derniers temps, le peuple romain est resté fidèle au principe de la monogamie.

II. *Nécessité du connubium.* Le mariage n'est pas permis avec toute femme indistinctement; celle qui doit devenir la compagne de l'homme doit réunir les qualités nécessaires. L'empêchement résultant de la parenté (descendants et collatéraux jusqu'au quatrième degré) ne nous offre, à nous, rien de particulier, mais il en est autrement pour l'antiquité, qui connaissait les mariages entre frère et sœur: chez les Egyptiens, par exemple. Mais le droit ancien trouvait dans la situation politique des époux, un autre empêchement qui nous renseigne curieusement sur la conception que se formaient les Romains de l'essence et de l'importance du mariage. Sous ce rapport, la nécessité du *connubium* semble se rapprocher de l'*Ebenbürtigkeit* du droit germanique : le mariage est une union de personnes d'égale condition et les mésalliances ne sont pas tolérées. Tel est en effet le caractère de cette condition à l'époque postérieure(2). Les Plébéiens faisaient grief aux Patriciens de leur refuser le *connubium*; ce refus leur paraissait une dégradation sociale, et quant aux Patriciens, leur orgueil de caste ne devait voir dans une union avec les Plébéiens qu'un mélange

(1) Point contesté parmi les philologues. Pour moi, il est établi par l'attestation de Sophocle, Trachiniennes v. 536, où il fait dire à Déjanire : « Car ce n'est pas une jeune fille, me semble-t-il, c'est une femme « déjà liée par les *liens du mariage* que j'ai attirée dans la maison. » Il n'aurait pu s'exprimer ainsi, si un double mariage n'avait pas été possible à l'époque antique.

(2) V. par exemple les dispositions de la *lex Julia et Papia Poppeia* Ulp. XVI, 2; à ce point de vue, Ulp. VII, 4, avait raison de parler de : *personæ* DISPARIS *conditionis.*

impur de sang noble avec du sang roturier[1]. Mais cette conception n'embrasse pas toutes les faces du rapport. La meilleure preuve gît dans le fait que parfois les Romains enlevaient le *connubium* à des villes soumises. Le but était de les rendre étrangères vis-à-vis de Rome, d'empêcher, dans l'intérêt de la République, la formation des liens que nouent le mariage et la parenté; on élevait entre elles et Rome un mur qui les isolait.

Au fond, c'était là précisément la signification politique du *connubium*; là était le motif du refus opiniâtre que les Patriciens opposaient au *connubium* avec les Plébéiens. Le mariage est le lien le plus puissant, il fait disparaître toutes les inégalités sociales, intellectuelles, religieuses, qui peuvent exister entre les époux et leurs relations respectives. Aussi chaque époque, chaque peuple ennemis de pareil nivellement ont-ils, par la force des lois ou des usages, combattu ces unions, tandis que, toujours, ceux qui visaient à la destruction des contrastes n'ont cessé de réclamer la liberté des unions conjugales. La question des mariages mixtes est, au fond, celle du mariage entre Patriciens et Plébéiens; elle met en présence le maintien rigoureux ou le renversement insensible des contrastes, et l'Église catholique, à ce point de vue, a saisi l'importance du mariage avec autant de précision que les Patriciens d'autrefois. Autoriser le mariage avec des Plébéiens, c'était, pour eux, introduire l'ennemi dans leur camp. S'ouvrant à la Plébéienne, la maison patricienne recevait en même temps une influente alliée des Plébéiens et une sincère adepte de leurs principes; avec la femme s'introduisaient en même temps ses parents; les relations personnelles qui s'établissaient adoucissaient l'acuité du contraste; avec le lait maternel, les enfants suçaient des idées autres que celles dont une mère patri-

(1) Liv. IV, 1 *contaminare sanguinem.*

cienne eût peuplé leur intelligence. Tel fut le vrai motif de l'opiniâtreté des Patriciens à refuser le *connubium* aux Plébéiens. C'était avant tout un motif politique et le motif social n'arrivait qu'en seconde ligne. Quant aux raisons tirées de la religion, elles ne furent qu'un prétexte pour déguiser la vérité. La religion a souvent, ainsi, servi de manteau chez les Romains. Le refus du *connubium* était la conséquence naturelle de la constitution de l'ancien État familial quant à ceux qui n'en étaient point membres. La cohésion corporative ne se maintient à l'intérieur qu'à la condition d'écarter les éléments extérieurs. La *lex Canuleia* (309), en concédant le *connubium* aux Plébéiens, donna le premier coup de hache à l'État familial patricien et la rapidité avec laquelle tous les autres nivellements s'introduisirent ensuite dans le droit public, peut être portée en majeure partie au compte de cette loi. L'inégalité cependant continua à subsister dans les relations de la vie. La Patricienne qui s'unissait à un Plébéien, si éminent fût-il, avait une position difficile vis-à-vis des compagnes de sa caste(1); aussi n'est-il pas douteux que pareille union ne se contractait point par *confarreatio*, pas plus que ne se célèbre aujourd'hui le mariage religieux entre juifs et chrétiens.

Si cette conception qui fait dériver la condition du *connubium* de la constitution de l'État familial, est exacte, nous devrons voir dans le maintien ultérieur de cette condition à la fois pour les deux classes de citoyens, un effet régressif de l'ancien droit patricien. L'exclusivisme dont le *connubium* frappait autrefois les non-patriciens se tourne désormais contre les non-citoyens, mais même sous cet aspect, il offre encore un trait caractéristique du mariage romain, en ce qu'il suppose l'égalité de position juridique entre les con-

(1) V. par exemple Liv. X, 23 .. *certamen inter matronas ortum... patriciam, plebejo nuptam L. Volumnio consuli a sacris arcuerant.*

joints. Le mariage romain a conservé cette physionomie jusque sous l'Empire.

III. *Solennité du mariage.* Les formes sont connues, je me borne à relever leur importance.

Dissipons d'abord une erreur fort répandue qui représente la célébration du mariage par *confarreatio* comme la forme religieuse et qui n'envisage l'autre mariage que comme un acte de la vie civile. La forme religieuse : auspices, sacrifices, prières, accompagnait tout mariage : l'épouse devient la prêtresse de la maison au sein du foyer domestique, elle célèbre, conjointement avec le mari, le culte des dieux lares, et son premier devoir, au matin après les noces, c'est de leur offrir un sacrifice. Déjà les fiançailles *(sponsalia)*, s'il faut s'en rapporter à l'étymologie[1], paraissent avoir été entourées d'un caractère religieux. Pour le mariage, en tout cas, la chose est incontestable. La fonction religieuse que la femme doit remplir dans la maison en est une preuve certaine. Quant à cette fonction, peu importe la position occupée par la femme sous d'autres rapports.

Ce qui distingue le mariage par *confarreatio* de l'autre forme de célébration du mariage, c'est la présence du *pontifex maximus*, du *flamen dialis* et des dix témoins. Je ne pense pas qu'on ait jamais exactement pénétré la signification de ce cérémonial. Les dix témoins représentent bien certainement les dix *gentes* de la curie ou les dix curies de la tribu, à laquelle appartenait le mari. Mais je crois qu'il est inexact d'interpréter leur présence comme ayant pour but unique la publicité de l'acte, tout aussi bien qu'il ne peut être vrai d'attribuer simplement au *pontifex maximus* une fonction rituelle ou sacerdotale identique à celle du *flamen dialis* qui avait à pourvoir au sacrifice et à la consé-

(1) FESTUS : *spondere... ex Graeco dictum ait, quod ii σπονδάς interpositis rebus divinis faciant.*

cration. A mon avis, les témoins, comme le *pontifex maximus*, ne jouaient pas le simple rôle de témoins instrumentaires, ou de figurants qui n'avaient qu'à voir se dérouler l'acte, sans y prendre part : on les appelait précisément pour qu'il y jouassent un rôle actif. Quand le *pontifex maximus* assiste à la conclusion d'un acte du droit privé (testament ou arrogation), il est appelé dans l'intérêt du règlement des *sacra;* il n'est pas là comme simple témoin, il agit à titre de fonctionnaire religieux, il a voix prépondérante par rapport à la perfection de l'acte. Cette même fonction, il a dû l'exercer dans la *confarreatio*; la lui dénier, c'est lui attribuer un rôle qui ne répond pas à la dignité dont il est revêtu. Dans l'un et l'autre cas, il avait à veiller aux intérêts de l'église, comme nous dirions aujourd'hui; l'acte ne pouvait s'accomplir sans son consentement. Je raisonne de même pour ce qui concerne les dix témoins; ceux-ci avaient à sauvegarder l'intérêt politique, ou — pour toucher immédiatement le point qui nous occupe — ils avaient à constater l'existence du *connubium* entre les époux. A défaut du *connubium*, les enfants issus de pareil mariage échappaient à la puissance paternelle; ils ne devenaient membres ni de la *gens*, ni de la curie, ni de la tribu; toute la descendance du mariage était perdue pour la société. Pour ce seul motif, sans parler de ceux que nous avons indiqués déjà (p. 55 ss.), la société était hautement intéressée à maintenir la nécessité du *connubium*. La présence des témoins signifie donc que le mariage n'intéresse pas seulement les époux, mais la communauté toute entière, que l'intérêt en jeu ne relève pas du droit privé seulement, mais est en même temps d'ordre politique, et doit de ce chef répondre aux conditions légales; si ces conditions ne sont pas toutes réunies, les représentants de la société refusent leur coopération, au même titre que le *pontifex maximus*, au cas où le mariage soulève des objections au point de vue de la religion. Ce ne sont donc

pas des témoins instrumentaires, leur nombre même réfute cette idée, étrangère du reste à l'ancien droit; ils sont les fonctionnaires de l'état civil. Si déjà à l'époque ancienne, les cinq témoins de la *mancipatio* avaient, comme je l'expliquerai, une autre mission à remplir que celle de servir de témoins instrumentaires, si eux aussi exerçaient une influence pratique sur l'acte auquel ils concouraient, à plus forte raison doit-on l'admettre, d'après l'esprit de l'époque ancienne, pour les dix témoins de la confarreation. Il serait oiseux d'argumenter de ce que les Romains eux-mêmes donnaient à ces témoins la qualification de *testes*; seuls, ceux qui naïvement s'imaginent que le même mot, à toute époque de l'histoire, a présenté la même signification, peuvent soulever une pareille objection.

IV. *Abandon complet, corps et biens, de la femme au mari*; cet abandon marque l'entrée de la femme sous la *manus* de l'époux (p. 50 ss.). Il en résulte que toute autre puissance qui s'exerçait antérieurement sur la femme (*patria potestas, tutela*) prend fin. Si un pareil rapport devait continuer à subsister, ce ne serait plus le mari, mais le père ou le tuteur qui dicterait la loi à la femme; une autorité étrangère interviendrait dans la maison romaine, en compromettrait la paix, mettrait en péril l'existence même du mariage, ce qui est incompatible avec son essence. Au chef de la famille seul appartient le gouvernement souverain sur tous les siens. Le droit romain ne s'en est pas tenu là, il n'a pas seulement mis fin à toute autre puissance qui s'exerçait sur la femme, il a éteint aussi le rapport d'agnation qui existait entre elle et ses parents. La mesure en soi n'était point nécessaire, et elle demande une explication. Les Romains ont bien reconnu la diversité du rapport de puissance et du rapport d'agnation. C'est ce que prouve la situation faite à la vierge vestale : nulle puissance sur elle, mais elle reste soumise au rapport d'agnation. A la différence de la femme,

la vestale ne subit aucune *capitis deminutio*. La notion de la *capitis deminutio* répond donc à l'extinction du rapport d'agnation. Cette conséquence n'atteint la femme qu'à raison d'un intérêt héréditaire : la femme perd son droit de succession dans la famille d'où elle est sortie, et cette dernière n'héritera plus d'elle : entre les deux parties, aucune question de succession ne peut plus surgir. Cette disposition tarissait une des plus dangereuses sources de discorde qui pouvaient diviser la femme mariée ou son mari et la famille de celle-ci.

Si, lors de son mariage, la femme est déjà *sui juris*, tout son patrimoine, par une nécessité juridique, passe avec elle, comme *res uxoria*, à son mari; nul acte spécial n'est requis (constitution de dot); la femme appartient au mari, tout ce qui est à elle lui appartient aussi. Ces biens sont à jamais perdus pour ses parents, la *capitis deminutio* qui la frappe a détruit l'agnation qui était la base de leur droit à son héritage. Mais la femme est placée sous la tutelle de ces mêmes parents qui, par cet acte, vont se voir enlever leur droit à sa succession, et leur consentement (*tutoris autoritas*) est nécessaire. Cela est formellement attesté, pour l'établissement de la *manus* par *coemtio*, et il faut l'admettre aussi pour la *confarreatio*. S'il eût dépendu de leur caprice de refuser ce consentement, voire de le subordonner à la cession de tout ou partie des biens de la femme, ils auraient pu rendre le mariage impossible. Nous sommes donc forcés d'admettre qu'ils ne pouvaient se soustraire à l'obligation de donner leur consentement.

Si la femme se marie soumise encore à la puissance paternelle, elle n'apporte rien au mari qui lui soit propre, et ne pourrait que le renvoyer à sa part future dans la succession paternelle. Mais, sortie de sa famille, elle n'a plus aucun droit héréditaire à faire valoir, ni contre ses autres parents, ni contre son père. Cette situation appelait un remède ; il y fut pourvu par la dot constituée au mari par le père. Sans

cette dot, la fille ne pouvait se marier ou elle devait attendre la mort du père. La dot est un *don* (*do, dare, dos* — *δῶ, δόσις*), elle se distingue en cela du patrimoine que la femme *sui juris* apporte au mari, de la *res uxoria*. Ce patrimoine passe *ipso facto* au mari; la dot doit être constituée (*dos datur, dicitur, promittitur*). Cela caractérise la distinction originaire entre les deux expressions qui furent plus tard acceptées comme identiques. Au point de vue grammatical, la *res uxoria* répondait aussi peu à ce que donnait le père, que la *dos* désignait mal ce que la femme apportait avec elle, car les biens de la *res uxoria* n'appartenaient pas à la femme, ils étaient la propriété du père, et ceux que la femme apportait n'étaient pas donnés, mais revenaient de fait au mari. Une autre distinction différenciait les deux sortes de biens : la *res uxoria* restait au mari sans retour possible, même si la femme mourait sans progéniture; dans ce dernier cas, le mari devait restituer la dot. Les juristes romains en donnent la raison : consolation donnée au père pour la perte de la fille. Mais le vrai motif n'est pas là. La dot compensait pour la fille la perte de ses droits à la succession du père, par suite de sa sortie de la puissance paternelle. Elle a le droit de toucher sa part héréditaire, ou, tout au moins, si une partie doit encore rester aux mains du père, elle doit être assurée de la recevoir (*dos cauta, dos non numerata*), sinon elle n'obtient rien plus tard. Mais la succession suppose que l'héritier survive à son auteur; si la femme meurt avant le père, la prévision qui l'a décidé à lui laisser emporter sa future part héréditaire vient à tomber, et le mari détenteur de cette part est tenu de la restituer. S'il existe des enfants, il y a lieu à déduction : un cinquième à raison de chaque enfant. — Le droit ancien exigeait l'existence de cinq enfants, le même nombre qui fut exigé plus tard pour l'obtention du *jus liberorum* dans les provinces; pour l'Italie, ce nombre fut porté à quatre, pour Rome, à trois.

Si la fille survit au père, l'hypothèse de l'hérédité se vérifie et la dot reste au mari, même si la femme meurt ensuite sans laisser d'enfants. Il n'est donc pas douteux qu'aux yeux de l'antiquité la constitution de dot répondait à une succession anticipée. La chose devient moins contestable encore lorsqu'on s'arrête au nom donné à la dot constituée par le père et qui la distingue de celle constituée par d'autres personnes. *Dos profectitia*, veut dire, non pas que la dot *part* du père(1), mais qu'elle peut lui faire retour(2). — La part héréditaire est en cours de voyage (*dos proficiscitur*); il est possible qu'elle revienne, il se peut qu'elle reste partie, mais elle ne peut retourner jamais qu'à celui qui s'en est séparé : au père.

Il résulte de ce qui précède que la notion de la *capitis deminutio* de la femme et celle de la *dos profectitia* se rapportent l'une et l'autre au droit héréditaire. Il n'existe plus aucun rapport successif entre la femme mariée avec *manus* et sa famille antérieure. La chose au premier abord semble n'intéresser que la conservation d'un patrimoine, mais elle avait une portée morale plus haute. Elle assurait la paix de la maison romaine, elle étouffait dans leur germe toutes causes de discussions pécuniaires entre les proches de la femme et le mari, elle tarissait une des sources les plus fécondes de la discorde entre parents ; la femme et son mari n'ont plus rien à attendre d'eux et ceux-ci à leur tour n'ont plus aucune prétention à élever contre elle.

N'héritant plus dans sa famille antérieure, la femme acquiert en échange le droit d'hériter dans la famille de son

(1) Ce à quoi se borne ULPIEN dans L. 5 p. de J. D. (**23**, 3).

(2) Comme dit le même ULPIEN Fr. VI, 4 : *Dos a patre profecta ad patrem* ***revertitur***. Les modernes ont eu grand tort, par conséquent, de transporter cette même expression au *peculium*; la circonstance seule que les Romains l'évitent dans ce cas, aurait dû faire apercevoir sa signification exacte.

mari. Elle hérite non-seulement de lui, mais elle a des droits à faire valoir contre tous les parents de son mari. Elle prend, au point de vue successif, le même rang que la fille (*filiæ locum obtinet*). Seule était titrée *mater familias*, la femme entrée dans la *manus* du mari ; celle qui restait sous la puissance du père, ou de ses tuteurs, n'était que *matrona* ou *uxor*(1). Le nom a sa signification. L'épouse *in manu* devient *mater familias* avant même d'être *mater* dans le sens naturel, car la maternité est sa destination ; c'est pourquoi le mariage est appelé *matrimonium*(2), et toute femme mariée est *matrona*. Il en est de même du *pater familias* impubère, qui doit son nom à la destination de l'homme *sui juris*, appelé à être le protecteur des siens, bien que son âge l'en rende encore incapable (p. 46). L'ajoute *familias* dit que la femme fait partie de la maison romaine (*familia* = maison, v. plus loin), elle n'indique pas une qualité personnelle attachée à la personne, mais elle vise la fortune familiale. Ainsi *pater familias*, *filia familias*, désignent les personnes qui ont des droits à exercer dans la *familia*, droits actuels comme le *pater familias*, ou droits futurs comme les autres membres de la famille(3). La simple *matrona* ou *uxor* y est sans droit : au point de vue juridique, la dénomination de *mater familias* constate donc le droit d'hériter accordé à la femme.

Telles sont les conséquences du mariage avec *manus*. Toutes les relations personnelles et patrimoniales entre la femme et sa première famille sont rompues ; elle se donne à son mari, absolument, corps et biens ; tout son passé est

(1) GELL. XVIII, 6, § 8-9. CIC. Topic. 3. 14.

(2) GELL. l. c. *dictamque esse ita a matris nomine non adepto jam, sed cum spe et omine mox adipiscendi, unde ipsum quoque matrimonium dicitur.*

(3) C'est ainsi que dans les idées de la vie romaine il existait, même du vivant du père, une sorte de copropriété de famille. V. les textes à l'appui dans l'Esprit du D. R. II., p. 205 et s. notes 332 à 334, p. 208 note 339.

juridiquement anéanti, pour lui permettre de vivre une vie nouvelle auprès de son mari, et la garantir contre toutes attaques. Sa vie est désormais vouée à son époux et à la famille de celui-ci. Le contraste est tel entre cet état des choses et celui créé par le mariage dit mariage libre qu'il est difficile de se rendre compte de la coexistence de deux formes aussi radicalement différentes d'un seul et même rapport. Dans le mariage libre, si la femme est encore sous puissance paternelle, c'est le père qui est son maître, et non le mari; le père peut lui ordonner de quitter la maison conjugale[1], et si elle est en faute, c'est le père, et non le mari, qui a le droit de la punir. La femme est-elle *sui juris*, elle conserve le droit de sortir de la maison du mari, et pour conserver son indépendance, il faut qu'elle renouvelle cet abandon une fois par an (le *trinoctium* p. 54). Le droit ancien ne fournit au mari aucun moyen pour contraindre la femme à réintégrer le domicile[2] : elle conserve le droit de se séparer de son mari à son gré. Au point de vue des biens, ce mariage ne change rien à la position juridique de la femme. Elle conserve ses droits successifs contre ses parents et ceux-ci contre elle, le mari n'en obtient aucun contre elle, ni elle contre lui. Le seul effet du mariage libre est d'être une cause de nullité des donations entre époux; pour tout le reste, la femme est une étrangère à l'égard de son mari. Si donc elle possède un patrimoine propre, elle le garde, et ses tuteurs continuent à exercer leur autorité. Dans la réalité, cependant, tel n'était pas l'usage à Rome. Ce qui le prouve, c'est que le latin n'avait pas d'expression pour désigner cette fortune complètement indépendante possédée par la femme. Il dut, plus tard, l'emprunter au grec *(parapherna)*. Les choses

(1) Cela résulte de la manière dont s'exprime ULPIEN dans la L. 1 § 5 de lib. extr. (**43**, 30), ainsi que de ULP., Fr. VI, 10.... *si culpa patris, cujus in potestate est, divortium factum sit.*

(2) Ce droit n'apparaît que bien plus tard, L. 2 de lib. extr. (**43**. 30)

s'arrangeaient ainsi : la femme constituait son patrimoine en dot à son mari, et vraisemblablement les tuteurs ne pouvaient juridiquement refuser leur *autoritas* (pas plus qu'ils ne le pouvaient pour le mariage avec *manus*), sinon, ils auraient pu mettre obstacle à tout mariage. Ici aussi ce patrimoine aura été désigné comme *res uxoria*, car *dos* et *res uxoria* représentaient ici des notions équivalentes. Si la femme se trouvait encore placée sous la puissance du père, comme elle continuait à y rester, son droit héréditaire lui était conservé. Point de nécessité donc, d'accorder ici à la femme cette compensation pour la perte de ses droits de succession, à laquelle nous avons ramené tout à l'heure (p. 63) la *dos profectitia* dans le mariage avec *manus*. En fait, le danger était le même pour le mari : le père pouvait frustrer les espérances de la femme en disposant de ses biens entre vifs ou en faisant un testament au profit de ses fils ou de ses agnats. Il fallait donc, ici également, une constitution de dot de la part du père. Ici également elle était *profectitia*, c'est-à-dire qu'elle faisait retour au père si la femme mourait avant lui sans laisser d'enfants, ou se séparait de son mari. Son droit à cet égard comportait certaines restrictions qui n'ont pas d'intérêt pour le sujet que je traite.

En résumé, nous pouvons, sans craindre de contradiction à cet égard, affirmer que l'union avec *manus* réalise mieux, dans le droit, la conception morale de l'idée du mariage. L'amour, il est vrai, qui seul fait du mariage ce qu'il doit être, se rit du droit et de ses prescriptions, mais il ne faut cependant pas méconnaître l'influence que le droit peut exercer sur la physionomie normale de la vie conjugale. Il n'est pas indifférent que le droit dise à la femme : tu appartiens à ton mari, toi, tout ce que tu es, avec tout ce que tu as, ton sort est à jamais lié au sien, ou qu'il la laisse maîtresse d'elle-même, de sa personne et de ses biens, et abandonne les rapports entre époux à leur libre arbitre. Et c'est autre chose

aussi que le droit, comme dans le mariage avec *manus*, prévienne tout conflit entre le mari et le père ou les parents de la femme, en rompant toutes relations antérieures personnelles et patrimoniales (*capitis deminutio*), ou que, comme dans le mariage libre, laissant subsister ces rapports, il tienne ouverte la porte à des désaccords qui ne peuvent que troubler la paix de la maison et compromettre le bonheur du ménage.

V. *L'obligation de la fidélité conjugale pour la femme.* Absolu dans le mariage, le devoir de fidélité ne se trouve être sanctionné qu'au regard de la femme. Nous touchons ici à un point délicat dans le mariage romain. Le mari exige la fidélité de la part de sa femme; lui-même, il s'en dispense. En droit, cette différence se manifeste en ce que la femme seule peut commettre un adultère; le mari peut bien briser le mariage d'autrui, il ne peut porter atteinte au sien. S'il surprend sa femme en flagrant délit, il a sur elle et son complice droit de vie et de mort; ce pouvoir lui est reconnu jusque dans le droit postérieur. S'il apprend le fait après coup, il peut, ou son père, si elle est encore sous sa puissance, déférer sa conduite à un tribunal de famille qui prononcera le châtiment (v. plus loin). Il a, en tout cas, le droit de la quitter, de rompre le mariage. Elle, de son côté, doit souffrir qu'il ait des relations charnelles avec des esclaves ou des concubines (*pellices*); la concubine commet une immoralité, elle est impure au point de vue religieux(1); le mari échappe à tout reproche. Nous rencontrons, il est vrai, l'adultère du mari blessant les *mores graviores* et entraînant des conséquences pécuniaires en droit dotal(2), mais cela n'appartient assurément qu'à l'époque postérieure. Le devoir de fidélité s'impose à la femme sa vie entière, la

(1) Dispositions attribuées à Numa, dans Fest. Pellices : *Pellex aram Junonis ne tangito; si tanget Junoni crinibus demissis agnum feminam cædito.*

(2) Ulp., VI. 12, 13.

véritable épouse l'observe par delà la tombe maritale; l'usage, sinon le droit, condamne son second mariage[1]. Si cependant elle contracte une autre union, elle le fait sans bruit ni apparat, mais elle perd le droit de s'approcher de l'autel de la déesse de la chasteté féminine, elle ne compte plus parmi les matrones honorées, dont la chasteté est la plus belle gloire. Ce devoir de fidélité éternelle nous ramène dans la mère patrie, les Indes, et rappelle les *sutties*, volontaires d'abord, commandées ensuite par la coutume[2]. Ces idées restèrent toujours étrangères aux Grecs; à l'époque héroïque, on vit même des reines s'unir au meurtrier de leur mari, comme si elles n'étaient qu'un accessoire de la royauté. Les Romains, eux, restèrent fidèles, en ce point encore, aux traditions de leurs premiers pères. Même alors que la dépravation des mœurs eut atteint son comble, la femme romaine mettait son honneur à n'avoir appartenu qu'à un seul époux *(uni nupta)*.

VI. *Indissolubilité du mariage.* A l'époque historique, la dissolution du mariage est possible, celle du mariage sans *confarreatio* d'une manière absolue, par l'accord des époux ou par la dénonciation de l'un d'eux, celle du mariage avec *confarreatio* sous condition. C'était la *diffareatio* qui aidait à briser ce dernier lien. A cette cérémonie intervenaient les mêmes personnages qui assistaient à la *confarreatio*, ayant dû avoir, comme ceux-ci, le droit d'examen, et éventuellement celui du refus de consentement. On a contesté que la *diffareatio* ait appartenu au droit le plus reculé. Je pense de même, et partage l'avis de ceux qui invoquent l'indissolubilité du mariage du *flamen dialis*, le vestige du droit le plus antique. La légende qui date le premier divorce du sixième siècle

(1) Il est possible qu'à l'époque antique la conclusion d'un second mariage pût même être rendue impossible, en droit, à la femme patricienne, par le refus du *Pontifex maximus* de contribuer à la *confarreatio*.
(2) Comp. Les Indo-Européens avant l'histoire, p. 47.

de Rome, nous révèle l'opinion que les Romains eux-mêmes avaient de la chose. Il en résulte en tout cas que le divorce était fort rare à l'époque antique.

Tels sont les traits caractéristiques du mariage antique à Rome. Il apparaît revêtu d'une moralité si pleine de noblesse, qu'il pourrait figurer à côté du mariage chrétien. Mais cette moralité faiblit sur un seul point, fort important il est vrai, et les Pères de l'Église en ont fait un sujet de sévères reproches à l'adresse des Romains. Il s'agit de l'inégalité des deux sexes par rapport au devoir de fidélité conjugale. Elle coïncide avec l'idée que les Romains se faisaient de la vertu, telle qu'ils la comprenaient chez l'homme et chez la femme. Pour l'homme, la vertu consiste dans la bravoure, dans la virilité *(virtus)*; pour la femme, dans la chasteté et la pudeur *(pudicitia)*. Celle-là assure l'existence de la vie commune, c'est l'attribut de l'homme; celle-ci fonde la paix domestique, mission de la femme. Ces vertus viennent-elles à faire défaut chez l'un ou chez l'autre, ils encourent la mésestime publique. Ce contraste entre les deux sexes se dessine symboliquement dans le rituel déployé pour la conclusion du mariage : l'homme exécute le rapt de la femme, celle-ci se cache sous un voile; le voile est le symbole de la femme, celui du mari, c'est la lance. Le premier, le christianisme a proclamé l'égalité des sexes quant aux rapports sexuels et à la fidélité conjugale. L'antiquité classique et l'Orient furent étrangers à pareille notion; elle est le fossé qui sépare le monde anté-chrétien du monde chrétien. Je ne crois pas me tromper en imputant surtout à l'institution de l'esclavage le relâchement dans les mœurs qui régnait avant le Christ; en combattant l'esclavage, le christianisme a mis l'amour d'accord avec la morale. La maternité est la suprême destinée de la femme. L'épouse porte le nom de *mater familias* avant même de devenir mère, et le mariage s'appelle *matrimonium*. Elle doit donner des

fils à l'époux, des enfants à la communauté. Celui-là désire la conservation de son nom, la perpétuité de sa race, il veut que des enfants pratiquent les rites funéraires en l'honneur de sa mémoire; celle-ci voit dans la postérité des familles la condition de l'existence et de la prospérité de l'État. La stérilité fait de la femme une misérable, elle l'avilit aux yeux du mari et du monde; elle compromet la paix et le bonheur domestiques. C'est ce qui fait que la femme rusait pour paraître avoir ce que la nature lui refusait. Elle profitait d'une absence du mari pour simuler un accouchement. A sa rentrée, le mari trouvait l'enfant souhaité. L'époque primitive parle déjà de supposition d'enfant, et la tradition fait remonter à Romulus le droit de répudiation de ce chef(1).

Comme nous l'avons dit (p. 62), la maison romaine devait contenir cinq enfants. Les filles comptaient pour peu de chose : un peuple guerrier n'attache d'importance qu'aux garçons. De là vient le droit, pour le père, d'exposer les filles à son gré : il n'est tenu d'élever que l'aînée; quant aux fils, il ne peut exposer que ceux qui naissent estropiés ou difformes, et encore cinq voisins doivent constater l'infirmité. Cela nous apprend que l'exposition des enfants ne heurtait en rien le sentiment moral de l'époque primitive. Les fondateurs de Rome, Romulus et Remus, étaient, d'après la légende, des enfants exposés. L'intérêt seul de l'Etat restreignait le pouvoir du père. Cela résulte encore de l'usage romain d'après lequel le père reçevait le nouveau-né (*liberos tollere*); la naissance seule ne créait aucun rapport entre le père et l'enfant; c'était la volonté du père qui établissait le droit(2).

Celui auquel la nature a refusé des enfants peut se créer

(1) Comp. Les Indo-Européens avant l'histoire, p. 391, ss.
(2) Comp. l. cit., p. 52, 379.

une postérité artificielle, mais la chose ne pouvait se faire, comme à l'époque postérieure, en adoptant l'enfant d'un autre par une convention conclue entre les deux parties *(adoptio)*; le consentement du peuple tout entier était requis *(arrogatio)*. La propagation du nom et de la race était le but, aussi ne pouvait-on arroger qu'un être mâle, apte à en procréer d'autres *(pubes)*. Arroger, c'était accueillir un *fils* dans la famille; adopter c'était y admettre un *enfant*, fils ou fille. Un homme a seul capacité pour accomplir ces actes parce que en sa personne seule, le rapport vis-à-vis des enfants revêt le caractère d'un rapport de puissance (*patria potestas*) pouvant se créer artificiellement. Le rapport qui s'établit entre la mère et l'enfant est purement naturel et ne peut être imité par d'autres voies. L'ancien droit ignore l'adoption : la forme sous laquelle elle s'accomplit témoigne qu'elle n'a fait son apparition qu'après la loi des XII tables[1]. D'après la conception de l'époque primitive le rapport du père vis-à-vis des enfants est comme celui du mari vis-à-vis de la femme, indissoluble : pas plus que le mari ne peut se séparer de la femme, le père ne peut rejeter ses enfants. Le divorce, la *datio in adoptionem* et l'*emancipatio* ne se concilient point avec l'organisation de l'antique maison romaine et de l'État familial d'alors. Ces trois institutions doivent être nées chez les Plébéiens; les Patriciens n'ont pu que les leur emprunter dans la suite. L'adoption est à l'arrogation ce que la *coemtio* est à la *confarreatio*, ce que le testament par mancipation est au *testamentum in comitiis calatis*. Le contraste entre l'acte librement accompli et celui qui dépend du consentement du peuple s'y manifeste clairement. Cette dernière forme est incontestablement antérieure à l'autre. Au point de vue de l'État familial patricien, l'individu est

(1) Préparation par *in jure cessio* de la puissance paternelle, vente apparente de l'enfant de la part de son père en vue de la disposition des XII tables : *si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto.*

une fraction de la collectivité; le mariage, l'arrogation, le testament concernent les intérêts généraux, donc la communauté doit intervenir à la conclusion de ces actes. Dans l'État nouveau des Plébéiens, l'individu est livré à lui-même et ces trois actes ne relèvent que de sa seule et libre volonté.

La puissance que le père exerce sur ses enfants, sous l'empire du droit ancien, est, dans son essence, identique à celle que le mari acquiert sur sa femme. L'une et l'autre rentrent dans la notion générale de la *manus*. Ce mot, comme nous le verrons, désignait à l'époque primitive, l'ensemble du pouvoir du chef de famille sur le gouvernement de sa maison. Mais avant d'aborder ce point, je dois terminer l'exposé qui précède, pour donner l'aspect dont le droit le plus ancien a revêtu les deux rapports fondamentaux qui dominent dans la maison romaine : la puissance maritale et la puissance paternelle. Cet examen établira les caractères particuliers de l'une et de l'autre.

On s'en tient généralement au trait le plus saillant, celui qui frappe en premier lieu, et que les juristes romains eux-mêmes ne manquent point de faire ressortir en parlant de la puissance paternelle, dans laquelle seule, à leur époque, il fût perceptible(1), c'est-à-dire le caractère absolu du pouvoir que le droit ancien a conféré au chef de famille sur la femme et les enfants. Mais il est une autre particularité souvent perdue de vue et qui pourtant n'en est pas moins nettement accusée; je veux parler du souci qu'apporte la communauté à la règlementation de ces deux rapports, souci qu'elle traduit en dispositions légales. Une fois le rapport établi, le citoyen en use à son gré, en fait, mais la loi lui trace des limites infranchissables quand il s'agit de son établissement ou de son extinction. Qu'il s'agisse de la femme ou des

(1) GAIUS, I, 55. *Quod jus proprium civium Romanorum est, fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent postestatem, qualem nos habemus.*

enfants, le rapport reste indissolublement établi, la société domestique est indestructible, la mort seule peut l'anéantir. Seule la fille qui se marie s'en sépare, de fait comme de droit; les autres membres de la famille restent juridiquement tels *(sui)* tout en rompant de fait avec la maison. Le droit primitif ignore le divorce, la *datio in adoptionem*, l'*emancipatio*, dont l'idée ne peut se concilier avec la conception antique qui établit un lien indissoluble entre les habitants de la même maison, et les unit à travers toutes les vicissitudes heureuses ou néfastes de l'existence. En ce qui concerne la femme, la communauté manifeste sa sollicitude en imposant le *connubium* comme condition du mariage (p. 55 ss.) et en prescrivant la forme de la *confarreatio* (p. 58); quant aux enfants, elle fait défense de les exposer (p. 70). Ce n'est pas un motif d'humanité qui a fait édicter cette défense, c'est une considération purement politique : le souci pour la descendance masculine. La preuve s'en trouve dans les limites mêmes de la prohibition.

Pour bien se rendre compte de l'importance de cette énergie déployée par le droit dans la règlementation des rapports familiaux, il n'y a qu'à comparer le droit romain avec les législations d'autres peuples à l'aurore de leur existence. Là, l'homme choisit sa compagne à son gré, fût-elle même esclave; les enfants nés de cette union sont ses enfants, quelle que soit la condition de la mère; s'il ne veut les élever, il les expose. Quelle n'a pas dû être l'intensité de l'idée du droit pour qu'à Rome, il pût tenir ce langage aux hommes : la femme à laquelle tu t'es uni n'est pas ton épouse, les enfants que tu as engendrés ne sont pas tes enfants, je ne les reconnais pas, moi, le droit. Le juriste peut trouver la chose toute naturelle; pour ma part je lis déjà, sous cette déclaration la signature du peuple juridique-né, — Hercule enfant qui de sa poigne de fer pétrit la nature et lui donne la forme du droit. Et puis se déroule un spec-

tacle non moins imposant : sentinelle postée à la porte de la maison romaine pour en garder l'entrée et la sortie, le droit ne franchit pas le seuil; il laisse une autre puissance gouverner à l'intérieur. Celle-ci n'est pas, comme semblerait l'indiquer la notion juridique abstraite de la *manus*, l'arbitraire et la cruauté du chef de famille; ce furent les mœurs et l'usage qui firent la *manus* ce qu'elle devait être et ce qu'elle fut dans la réalité. La distinction faite entre le droit et les mœurs, puis la division du droit en *fas* et *jus*, voilà les manifestations les plus grandioses et les plus fécondes du génie du peuple juridique-né.

2. La position du chef de famille.

a) Familia et *pecunia*.

Interrogé sur le mot par lequel il désignait son patrimoine, un Romain, au temps de Cicéron, se serait servi du terme : *bona*. *Bona*, dans le langage usuel comme dans la langue du droit, avait remplacé l'antique *familia pecuniaque*. *Bona* ne figurait pas dans l'ancienne langue du droit, et *familia pecuniaque* a disparu dans le langage du droit nouveau. Ce dernier point est connu. Dans toutes les sources nouvelles, dans les lois comme dans l'Edit du Préteur, le patrimoine n'est jamais désigné par le nom de *familia* ou de *pecunia*. Cette appellation ne s'était conservée que dans l'ancienne formule de confection du testament, et dans les expressions qui s'y rattachent, ainsi que dans le nom conservé à l'*actio familiæ erciscundae*; mais l'ancienne signification s'était si bien perdue pour la génération nouvelle, que Gaius (II, 102), décrivant la marche de la confection du testament, juge nécessaire d'expliquer les mots : *familiam mancipio dabat* en ajoutant : *i. e. patrimonium suum*. On pourrait objecter qu'Ulpien se sert du mot *bona* à propos de la *cura prodigi*,

qui date de l'époque de la loi des XII tables(1). Mais les fragments de la loi qui sont parvenus jusqu'à nous dans leur rédaction originaire portent tous *familia* ou *pecunia*(2); la formule du testament par mancipation, porte aussi *familia pecuniaque*; *bona* ne se lit dans aucun texte, et il est dès lors admissible que, suivant une habitude des juristes romains(3), ULPIEN traduit le droit ancien par l'expression nouvelle employée par le Préteur dans l'innovation introduite par lui. Les historiens romains ont fait de même lorsqu'ils ont parlé d'une saisie ou prise de possession des *bona* dans les temps anciens, alors que nous savons que les lois mêmes se servaient de l'expression *familia* (4).

Familia ou *familia pecuniaque* désigne le patrimoine dans l'ancien droit civil; le droit nouveau y a substitué l'expression de *bona*. Le Préteur fut le premier à s'en servir, puis les lois la lui ont empruntée(5). Sa première apparition peut-être se montre dans la formule de l'*interdictio bonorum*(6); on la rencontre ensuite dans la procédure prétorienne d'exécution forcée (*immissio in bona*), dans les concours de créanciers

(1) ULP. Fr. XII, 3... *prodigum, cui* BONIS *interdictum est*. L. 1, pr. de cur. fur. (**27**, 10)... *prodigo interdicitur* BONORUM *suorum administratio*.

(2) Table V : *uti legassit super* PECUNIA *tutelave suæ rei — agnatus proximus* FAMILIAM *habeto — gentiles* FAMILIAM *habento — si furiosus escit, agnatum gentiliumque in eo* PECUNIAQUE *ejus potestas esto*.

(3) Par exemple GAIUS qui dans la loi aquilienne substitue à l'expression *herus* dont la *lex aquilia* elle-même s'était servie (L. 11 § 6 ad. L. aq. **9**, 2) l'expression *dominus*. L. 2, p. ibid.; de même PAUL Vat. fr. 50, qui fait sanctionner la *mancipatio* par les XII tables, tandis que la loi elle-même s'était servie de l'expression *mancipium*.

(4) LIV. III, 55 FAMILIA *ad ædem Cereris Liberi Liberæque venumiret*. FESTUS sacratæ... *Sacer alicui deorum sicut familia pecuniaque*. De même la consécration par des personnes privées. LIV. II, 41 : *ex Cassii familia datum*.

(5) Ainsi dans les lois criminelles qui ordonnaient une *publicatio bonorum*, et dans les senatus consultes, par exemple L. 20 § 6 de her. pet. (**5**.3) *partes caducæ ex bonis Rustici*.

(6) PAUL. S. R. III, 4 a, *l*.

(*venditio bonorum*, où le *bonorum emtor* remplace le *familiae emtor*), dans la succession prétorienne (*bonorum possessor*), et dans nombre d'actions prétoriennes, par exemple l'*act. vi bonorum, actio serviana*, l'*interdictum fraudatorium*(1), l'interdit *quorum bonorum, quod legatorum* etc.

Pourquoi le Préteur a-t-il répudié l'expression ancienne? Ne rentrait-il donc pas dans la manière romaine de ne pas s'écarter sans nécessité des antiques traditions? Rome n'a-t-elle pas pendant des siècles conservé dans son droit des formes depuis longtemps condamnées, la *mancipatio* par exemple? Le droit lui-même n'a-t-il pas maintenu bien des termes qui ne présentaient plus de sens à l'époque nouvelle, par exemple *aes alienum* qui se reporte à l'époque du métal non monnayé et désignait les dettes, ainsi que les nombreuses expressions qui rappellent le pesage du métal, par exemple *compensatio, impensae*? Que l'on ne réponde point que le cours de la vie avait transformé le langage et que le Préteur avait suivi le changement afin de se faire comprendre. C'est déplacer la relation qui lie la langue du droit au langage du siècle : la langue juridique ne se met pas à la remorque du parler du temps, c'est celui-ci qui se modèle sur elle. La langue juridique ne peut s'être modifiée qu'à la suite d'un changement survenu dans le droit lui-même et rendant impossible la conservation des expressions anciennes. Celles-ci disparaissant des sources du droit nouveau pour faire place à des dénominations nouvelles, il faut en conclure aussi que les notions anciennes ont elles-mêmes disparu et que d'autres les ont remplacées. Quant au patrimoine, la chose est évidente : sa notion moderne est radicalement différente de l'ancienne. L'opposition qui se traduit entre les termes *familia pecuniaque* et *bona* marque une des évolutions

1) Dans le premier : *Rem in bonis fuisse* L. 15 § 1, de pign. (20.1) dans le second : *Quid in bonis scien te te fecit* L. 10 p. quae in fraud. (42.8).

les plus importantes du droit romain, et qui du droit des choses s'étend jusqu'au droit de la famille. J'en donnerai plus loin la preuve péremptoire. Mais dès à présent voici les éléments essentiels qui séparent le droit le plus ancien du droit nouveau. Le contraste se découvre sous les deux rapports suivants :

1. *Familia pecuniaque* exprime la dualité du patrimoine. Il se partageait en *res mancipi* et *res nec mancipi*, et chacune de ces divisions était régie par son droit propre, l'un complètement différent de l'autre. Le terme *bona*, au contraire, implique pour tous les biens l'application d'un droit unique. La notion nouvelle a fait table rase de ces distinctions dans la composition du patrimoine. Ce qui reste des principes et des formes de l'ancien droit devient, dès que l'on parle de *bona*, sans importance aucune.

2. La notion juridique de la *familia* s'étend aux seuls Romains, ses règles et ses formes restent complètement inapplicables aux pérégrins; celle des *bona*, au contraire, concerne aussi les pérégrins, elle a même été introduite en leur faveur. Lorsque les sources du droit postérieur parlent de *bona*, on peut toujours présumer qu'il s'agit des règles du droit qui trouvent leur égale application aux pérégrins. *Familia* nous reporte au droit le plus antique, exclusivement propre aux Romains, *bona* indique le droit qui leur était commun avec les pérégrins (1).

(1) Cette dualité des expressions de la langue juridique, se retrouve maintes fois (par exemple *aes* et *pecunia numerata*, *sponsio et stipulatio cautio*). Dans toutes ces formes et d'autres semblables, nous avons à faire non seulement à la différence du langage ancien et moderne, mais à celle du droit romain spécifique et du droit international. Je suis convaincu que si nous avions seulement à notre disposition les matériaux nécessaires pour poursuivre le développement du langage juridique romain, nous ferions dans cette direction une étonnante moisson. L'influence que la considération des pérégrins a exercée sur le droit patrimonial ne peut s'être démentie dans le langage : au droit international doit avoir correspondu un langage juridique international. Je reviendrai sur ce point en son temps.

Passons à l'examen de l'état du droit le plus ancien en prenant l'expression *familia pecuniaque* comme point de départ. Elle comprend tout ce que le Romain appelle *sien* : ceci est hors de doute. Ce sont sa maison et sa ferme, sa femme et ses enfants, ses esclaves et son bétail, et généralement tout ce qui se trouve dans sa maison. Il n'y a nulle étrangeté à voir ainsi envelopper dans une conception unique toutes ces parties disparates qui composent la maison. Nous-mêmes, nous étendons aux personnes et aux choses les expressions: maison, ménage, ferme. Mais à cette conception répond pour les Romains une signification juridique, tandis que notre manière de désigner les choses n'a aucune importance au point de vue du droit. Une seule loi régit toute la *familia* du Romain; il a la puissance à l'intérieur de sa maison, elle le suit au dehors, il l'exerce, identique, sur tous ses subordonnés, femme et enfants, comme sur les choses. Sur ces deux parties constitutives de la *familia*, son pouvoir juridique est le même : la *manus* à l'intérieur correspond à la *vindicatio* qui le protège au dehors. Dans les deux directions, la forme de la transmission du droit est la même, c'est la *mancipatio*. Pour tout ce qui compose la *pecunia* au contraire — et nous verrons que ce sont les *res nec mancipi* — la protection juridique est moins efficace vis-à-vis du dehors, et le mode de transmission prend une autre forme : la simple tradition suffit. *Familia* et *pecunia* représentent deux notions juridiques. — C'est à reconnaître ce fait et à distinguer exactement ces notions différentes que l'on parvient à reconstituer le droit le plus ancien.

A première vue, l'adjonction de l'expression *pecunia* au mot *familia* semble dépourvue de toute signification; elle se rencontre, ou fait défaut, sans entraîner aucune différence en fait. Dans la formule du testament par mancipation rapportée par Gaius (II, 104), l'hérédité figure comme *familia pecuniaque*; le même juriste décrivant l'acte lui-même, signale la *familia*

seule comme faisant l'objet de la mancipation (103 : *familiam accipiebat mancipio,* 104 : *mancipat familiam*), l'acheteur apparent ne porte que le nom de *familiæ emtor;* l'action en partage s'appelle : *actio familiæ erciscundæ,* et la loi des XII tables s'exprimait de même à l'occasion du droit héréditaire ab intestat des agnats et des gentils (*familiam habento*). La même variété dans les expressions se retrouve par rapport à la saisie du patrimoine établie par les *leges sacratæ,* d'après Tite Live et Festus; le premier se borne à nommer la *familia,* le second écrit la formule complète : *familia pecuniaque* (note 4 à la p. 75). La disposition par laquelle la loi des XII tables reconnaissait au citoyen la liberté illimitée de tester disait, ainsi que nous l'apprend Ulpien (Fr. XI, 14) : *uti legassit super* PECUNIA *tutelave suæ rei.* Cicéron transporte la *familia pecuniaque* de la formule testamentaire dans la loi même[1]; ce qui prouve que dans son idée ces expressions avaient la même valeur. De même que *familia* dans le langage de la loi des XII tables impliquait la *pecunia,* de même dans l'opinion de CICÉRON, la *pecunia* implique la *familia.* C'était évidemment aussi l'opinion des juristes romains. Ils voient dans les mots : *super pecunia,* la liberté illimitée pour le père de famille de disposer par testament de tout son patrimoine[2]; cette thèse, que je sache, n'a pas jusqu'aujourd'hui rencontré la moindre contradiction. A mon avis les juristes romains ont commis une erreur historique due au changement survenu depuis la loi des XII tables tant dans la signification du mot *pecunia* que dans le testament. Ils ont interprété

---

(1) CIC. de invent. II, 50, ad Herenn, I, 13. D'après lui, la loi aurait dit : *Pater familias uti super familia pecuniaque sua legaverit.* A part le mot *uti,* chaque mot de cette citation est faux, et il y a omission complète de *tutelave suæ rei.*

(2) GAIUS II, 224 : *quod quisque de re sua testatus esset.* POMPONIUS dans L. 120 de V. S. (50, 16) : *latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi.* PAUL dans L. 53, p. ibid. comprend dans le mot *pecunia* la succession toute entière.

le droit des XII tables à la lumière du droit de leur époque, et comprenant le mot *pecunia* dans le sens qu'on lui donnait de leur temps, ils ont glissé dans la loi une notion qui lui était absolument étrangère.

Je pars de cette donnée que personne, familier avec le droit ancien et la rigueur de son langage, ne pourra me contester, qu'il est impossible, que la loi des XII tables se soit servie de deux termes différents pour exprimer une seule et même chose. Lorsqu'elle se sert du mot *pecunia*, elle doit avoir voulu dire quelque chose de particulier. Lorsque la loi parle de tout le patrimoine, elle peut se contenter d'employer le mot *familia*; point de doute, dans ce cas, que ses dispositions trouvent leur application à la *pecunia*, qui n'est qu'une partie accessoire de la *familia*. Mais là où la loi parle de *pecunia*, il est impossible d'y comprendre la *familia*. Autant vaudrait étendre à la maison entière ce qui se dit du récipient à eau de pluie déposé près du seuil. Les dispositions de la loi relatives à la *pecunia* s'appliquent spécialement à celle-ci et ne s'étendent pas à la *familia*. Les sources nous en fournissent deux exemples. Le premier se rapporte à la confection du testament — nous l'avons déjà cité; — le second concerne l'organisation de la curatelle des agnats et des gentils sur le fou; dans ce cas la loi porte : *in eo* PECUNIAQUE *ejus potestas esto*. Je m'étendrai sur le premier exemple en faisant l'historique de la succession testamentaire, me bornant ici à résumer ma manière de voir. Quant aux dispositions du testateur portant uniquement sur la *pecunia*, c'est-à-dire les *res nec mancipi*, le peuple assemblé dans ses comices testamentaires *doit* les approuver, mais s'agit-il de dispositions intéressant la *familia*, c'est-à-dire les *res mancipi*, c'est la règle antique qui fait loi, c'est-à-dire le peuple peut les approuver ou les rejeter. Pour l'autre exemple : la loi autorise les tuteurs du fou à aliéner les *res nec mancipi*, mais leur défend de disposer des *res mancipi*.

En voici la preuve : laissons un moment la tutelle du fou, et envisageons une autre face de la tutelle : celle qui s'exerce sur la femme *sui juris,* c'est-à-dire sur la femme soustraite à la puissance d'un père et à la *manus* d'un mari. Ici se manifeste clairement la différence que le droit ancien établissait entre les *res mancipi* et les *res nec mancipi*. La femme peut aliéner ces dernières sans le consentement du tuteur, tandis que pour les autres le tuteur doit non-seulement consentir à l'aliénation, mais encore coopérer à l'acte en donnant sa *tutoris autoritas* (1). Ce n'était pas l'intérêt personnel de la femme qui avait fait édicter la mesure, il ne s'agissait pas de la protéger contre l'abandon inconsidéré de ces choses ; la tutelle protégeait les intérêts des parents successibles et veillait à la conservation de leur droit héréditaire (2). Voilà ce que signifiait à l'origine la tutelle des femmes. Depuis cette époque, il est vrai, les remaniements qu'a subis l'institution l'ont fait disparaître, ou peu s'en faut. On se demandera pourquoi la restriction ne frappe que les *res mancipi*? Où en est l'utilité lorsque le patrimoine se compose en majeure partie de capitaux ou d'objets précieux? Il faut ici se représenter les conditions économiques de la vie des Romains de l'époque antique, leur manière de voir les choses, et précisément la tutelle des femmes va nous y aider. A l'époque postérieure, la relation de valeur entre les *res mancipi* et *nec mancipi* s'était complètement modifiée ; telles œuvres d'art, telles vaisselles précieuses représentaient le prix de tout un immeuble avec toutes les *res mancipi* qui s'y rattachaient (3).

(1) GAIUS II. 80. Vat. fr. § 1. ULP. Fr. XI, 27. L'usucapion de la *res mancipi* aliénée sans la *tutoris autoritas* était expressément exclue par la loi des XII tables. GAIUS, II, 47.

(2) GAIUS, I. 192.... *ne.... minus locuples ad eos hereditas perveniat.* Conséquence de ce point de vue, 191 : *cum tutore nullum ex tutela judicium mulieri datur*.

(3) Le point de vue de GAIUS, I. 192 : *alienatis* PRETIOSIORIBUS *rebus* n'a donc qu'une valeur historique.

Ces richesses, cependant, la femme pouvait en disposer à son gré, mais voulait-elle aliéner un âne, le consentement du tuteur était requis. Si la tutelle des femmes avait été introduite à cette époque-là seulement, l'on n'eût assurément pas pris pour base la distinction dont il s'agit. Et si, les circonstances étant venues à changer, l'on n'a pas mis cette tutelle en harmonie avec elles, il faut en chercher la cause dans le dédain où était tombée l'institution à cette époque. On la laissa pour ce qu'elle était : un fragment devenu inutile, une pétrification d'un passé disparu.

Maintenir les *res mancipi* dans la famille, tel était le but avéré de la tutelle des femmes. Il nous fournit le moyen de reconnaître la signification de *pecunia* dans la *cura furiosi* et l'intention de la loi qui institua celle-ci. *Pecunia* et *res nec mancipi* représentent identiquement la même idée. Il en résulte forcément que les *res mancipi* appartiennent à la *familia*, et que la loi, dans les deux tutelles, a voulu la même chose : *conserver la* FAMILIA *à la parenté*, et consacrer la *pecunia* à l'entretien de la personne placée sous tutelle. Les deux tutelles ne diffèrent qu'en un seul point : dans la *cura prodigi*, toute aliénation d'une chose quelconque appartenant à la *familia* est radicalement impossible, l'autorité des tuteurs étant expressément restreinte à la *pecunia*, tandis que dans la tutelle des femmes, pareille aliénation pouvait avoir lieu pourvu que les tuteurs y apportassent leur consentement *(tutoris autoritas)*. Vis-à-vis du patrimoine de l'aliéné, les tuteurs avaient exactement la même position que la femme elle-même, à l'égard de ses biens propres : libre disposition de la *pecunia*, inaliénabilité de la *familia*.

Ce qui précède nous montre en même temps ce qui, à l'origine, distinguait la *tutela* de *la cura*. Le droit ancien organisait une *tutela* partout où l'aliénation des *res mancipi* devait rester possible; il imposait la *cura* partout où ces choses devaient rester indisponibles. A la *tutela* et à la *cura* correspondent la *familia* et la *pecunia*.

Avant d'entrer dans d'autres explications, il nous faut apprendre à connaître les différentes modalités du droit de propriété, qui se rattachent à cette même distinction.

Familia représente donc, à l'époque la plus reculée, tout ce qui se trouvait sous la *manus* unique du chef de famille; elle constitue tout le domaine sur lequel s'étendait sa puissance. A l'époque postérieure, cette puissance se scinde; elle s'exerce différemment sur telles ou telles parties du domaine, et reçoit une appellation spéciale selon la nature des choses qui en sont l'objet : la puissance sur la femme s'appelle *manus*, celle qui s'exerce sur les enfants prend le nom de *patria potestas*, le pouvoir du maître sur les esclaves devient la *dominica potestas* et le *dominium* représente le pouvoir sur les choses. Mais l'époque la plus ancienne ne connaissait qu'un pouvoir unique, qui se traduisait sous un seul et même aspect juridique, la *manus*. Alors déjà, comme nous le verrons, les divers rapports de puissance entraînaient des conséquences juridiques différentes, mais le Romain de ce temps ne voyait le tout que sous un aspect unique : celui de la *manus*. A l'égard de tout ce qui constituait la *familia*, la position juridique du *pater familias* était une, et qu'elle s'exerçât sur les esclaves ou sur les choses, sur la femme ou sur l'enfant, à l'intérieur de la maison ou au dehors, sa puissance était égale.

A l'époque postérieure, la *familia* a perdu sa signification juridique : les juristes n'y voient plus que l'intérêt grammatical des diverses acceptions du mot[1]. A ce point de vue, ils empruntent à l'époque ancienne la dictinction que celle-ci établissait entre les personnes et les choses, et qu'elle indiquait linguistiquement en désignant les membres libres de la famille, mère et enfants, par l'ajoute *familias (mater — filius — filia familias)* et en omettant cette dernière pour les

(1) L. 195 § 1, 4, de V. S. (50, 16).

autres parties de la famille : esclaves, domestiques, servantes, choses. L'ajoute proclamait le titre des premiers comme *membres* de la *familia* : le reste n'en formait que des *fragments*.

Le même droit régissait la *familia* à l'origine, tant au regard des personnes qu'au regard des choses. On peut le grouper sous trois ordres d'idées :

1. La situation juridique du chef de famille à l'intérieur de la famille — *manus*.

2. La situation juridique vis-à-vis du dehors : *vindicatio, act. noxalis, act. de pauperie*.

3. L'acquisition de la *manus* — *mancipatio*.

b) Puissance du chef de famille à l'intérieur. — Étendue de la manus.

Au sein de la famille romaine, la puissance du chef de famille est illimitée : le régime auquel est soumise la maison romaine est celui d'une monarchie absolue, le chef de famille est maître souverain. Nulle autorité ne peut prévaloir sur la sienne, pas même celle du peuple ou du pouvoir public. La maison romaine est un monde fermé à toute ingérence extérieure; le chef de famille seul y domine, sans contrôle aucun. La loi n'a point de restrictions à imposer à l'ordonnance de son gouvernement, l'autorité est sans force, même contre ses abus de pouvoir envers les siens, ses créanciers mêmes ne peuvent l'attraire en justice. L'arracher de sa maison n'est pas une violation formelle de la loi, c'est un crime contre la religion, contre le *fas* (1), car la maison n'est pas seulement la demeure des hommes, c'est le sanctuaire des dieux, des pénates; le foyer est l'autel domestique dont le chef de famille est le prêtre; il y sacrifie aux divinités; comme tout sanctuaire, elle est un asile, c'est-à-dire qu'elle

(1) Cic. pro domo c. 41. L. 18, 21, de in jus voc. (2, 4).

est inviolable; le chef de famille qui frappe de mort l'intrus qui vient violer la paix de la maison est dans son droit, nul ne peut l'inquiéter. Le créancier doit l'attendre dans la rue, il reste désarmé si son débiteur se barricade chez lui... sauf qu'il était pris des précautions pour que cette situation ne pût durer. Toute communication officielle, tout avis juridique doit lui être donné devant le seuil de sa porte, le particulier qui veut invoquer son témoignage devant le tribunal l'assigne de la même manière(1), et même s'il est publiquement sommé de comparaître devant la justice criminelle, c'est encore de là qu'il sera appelé au son du cor(2).

La puissance du chef de famille sur la famille, disions-nous, est illimitée, et elle s'étend uniformément sur tout ce qui la compose. Sur ses esclaves, sur sa femme, sur ses enfants, il a droit de vie et de mort (*jus necis ac vitæ*)(3). Mais la loi n'a pas entendu lui accorder un pouvoir arbitraire : elle le considère comme un juge (*judex domesticus*)(4) et se fie à lui pour qu'il n'exerce sa puissance que dans de justes bornes. Sa décision cependant reste souveraine et comme celle de tout autre juge, ne supporte aucun contrôle. Il peut mettre ses actes à l'abri de la critique en faisant appel au concours de parents, en convoquant le *tribunal de famille*. L'usage, à l'époque postérieure, imposait ce concours, mais la loi ne l'a jamais exigé. Le chef de famille peut vendre esclaves, choses, femme et enfants. Tout ce que

(1) Disposition de la loi des XII tables : *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* FESTUS *Portum* et *Vagulatio.*

(2) VARRON de L. L. VI, 91 : *ad privati januam mittas, ubi canat.* Cap. 92, ibid. *ante privati ostium.*

(3) La prétendue introduction de ce droit par ROMULUS (DION. II, 26, 27, PAPINIEN Coll. IV, 8) est l'expression pour signifier la coutume antique. Dans la formule de l'arrogation il est expressément mentionné. GELLIUS, V, 19.

(4) *Domestici magistratus,* SENECA de benef. III, 11, *domesticum judicium,* LIV. II, 41.

ceux-ci gagnent ou acquièrent lui appartient; il peut le leur abandonner en fait (*peculium*), mais en droit, la chose est sans conséquence. Quels que soient les contrats que le père de famille conclut avec les siens, quelle que soit leur nature, ils sont sans effet juridique. Pour les Romains, le pouvoir domestique avait un caractère tellement absolu et son étendue illimitée leur apparaissit si bien comme une condition indispensable de l'institution, que, toute puissante ailleurs, la volonté du chef de famille restait, à cet égard, inefficace en droit : il peut tout dans sa maison, sauf abdiquer lui-même une parcelle de sa puissance. Si les contrats qu'il conclut avec les siens sont de nul effet, les conventions que ceux-ci arrêtent entre eux sont également sans valeur en droit. Si l'on avait voulu attacher des effets juridiques à des pactes de ce genre, il aurait fallu accorder une action de ce chef, or une action entre habitants de la même maison ne pouvait se concevoir sans méconnaître le principe fondamental de la constitution de la famille romaine, car c'était ouvrir l'accès au pouvoir du juge. La raison du Romain ancien y aurait vu une absurdité au même titre que nous en verrions une, aujourd'hui, dans une action intentée devant un souverain étranger, par un souverain contre un de ses sujets, ou par ceux-ci contre lui. Le chef de famille est souverain, donc toute contestation entre lui et les siens, tout débat entre ceux-ci ne peuvent être tranchés que par lui seul : il résume en lui la juridiction civile, criminelle et de police. De la maison romaine n'émane aucune action qui puisse parvenir à l'autorité publique, ni dans le sens du droit civil *(actio)*, ni sous forme d'un appel à la protection; pour l'un et l'autre l'autorité est sourde et doit l'être. Cela reste vrai pour le chef de famille lui-même, lorsqu'il est inhabile à maintenir sa puissance sur les siens ou à faire prévaloir sa volonté. Un vrai Romain *doit* avoir cëtte force; si elle lui manque, il doit se l'imputer à faute : c'est qu'il a mal élevé ses enfants,

c'est que, lorsqu'il était temps encore, il n'a pas su leur imposer sa discipline et les réduire à l'obéissance. La maison romaine est juridiquement close. C'est là un principe tellement absolu aux yeux du peuple que même en faveur du chef de famille il ne peut en être dévié. Dans un seul cas le droit intervient : l'enfant qui lève la main sur le père devient *sacer*. L'autorité ne bouge pas, même dans ce cas, mais chacun peut mettre à mort l'enfant dénaturé.

Je viens de décrire la puissance du chef de famille sur sa *familia*. J'ai émis cette opinion que dans le droit ancien cette puissance s'exerçait uniformément sur toutes les personnes qui y étaient soumises. Les sources ne confirment pas entièrement cette manière de voir. Elles parlent de certaines restrictions auxquelles, dès l'époque ancienne, aurait été soumise la puissance domestique par rapport à la femme et aux enfants. Je crois pouvoir soutenir cependant que ces restrictions étaient étrangères à la puissance domestique dans sa construction *originaire*, qu'elles y ont donc été introduites à une époque ultérieure. La constitution primitive de la puissance domestique présentait à mon avis les caractères suivants : *uniformité* par rapport à tout ce qui composait la *familia* et *pouvoir illimité* du chef de famille. Les applications qui vont suivre appuieront cette appréciation. Elles se basent sur trois mots appartenant à la plus ancienne langue juridique, autant vaut dire sur trois notions du droit le plus antique et qui trouvent une égale application à toutes les parties constitutives de la *familia;* ce sont les mots : *manus, vindicatio, mancipium.*

Manus exprime la puissance que le chef de famille exerce sur la famille. La main est le symbole de la force; l'ancien droit romain, comme l'ancien droit germanique, attache à la main l'idée de puissance *(mund)*. Le droit postérieur a retréci la signification de *manus;* ce mot n'y désigne plus que la puissance du mari sur la femme. Pour le droit ancien,

manus est l'expression technique pour désigner la puissance du chef de famille en général ; elle s'étend à tout ce qui constitue la famille. C'est ce qu'indiquent les composés de ce mot qui se sont conservés dans la langue juridique plus récente. L'affranchissement des enfants de la puissance s'appelle *e-man-cipatio* — la puissance elle-même doit donc avoir porté le nom de *manus*. L'affranchissement des esclaves se dit *manu-missio ;* la conclusion est la même. La situation qu'occupent vis-à-vis du maître les domestiques et servantes vendus par leur père, est désignée par le mot *man-cipium*. Certaines choses — dont nous verrons plus tard le rapport avec la *manus* — s'appellent *res man-cipi*. Partout donc la même expression *manus:* pour la femme, pour l'enfant, pour le domestique et la servante, pour les esclaves et les choses.

Si déjà à l'époque la plus ancienne, la puissance juridique du chef de famille sur toutes ces personnes et ces choses avait existé, comme dans le droit postérieur, avec des caractères différents, ce qui s'est produit plus tard aurait dû se manifester dès alors : là où la puissance était différente, son objet aurait eu une appellation spéciale. Car dans le droit ancien, le nom désigne infailliblement la notion juridique — même nom, même notion ; autre nom, notion différente. Quiconque jusqu'à présent a pu douter de la vérité de cette proposition pourra se convaincre de sa justesse en lisant mes explications sur le droit ancien.

c) Position juridique du chef de famille au dehors. Situation active : droit de justice privée, vindicatio et manus injectio ; — situation passive : act. noxalis, act. de pauperie.

Manus indique la position juridique du chef de famille à l'intérieur de la maison ; les actions que je viens de nommer figurent l'action qu'il exerce au dehors. A l'intérieur de la maison, tout procès est impossible. Au dehors, au contraire, la position juridique du chef de famille ne se manifeste qu'à

l'occasion d'un litige; elle est adéquate aux actions qui lui sont accordées et à celles qui sont accordées contre lui. De là, pour le chef de famille, une situation *active* et *passive;* la première consiste dans l'affirmation de son droit vis-à-vis du monde extérieur, et l'autre concerne sa responsabilité vis-à-vis de ce dernier.

Situation active du chef de famille vis-à-vis du monde extérieur. Elle se résume en une seule action : la *vindicatio.* Celle-ci suppose que l'un ou l'autre fragment de la *familia* se trouve en mains étrangères. Son but est de la ramener dans la maison. Elle constitue la protection juridique de la *familia* vis-à-vis de l'extérieur, destinée à la maintenir dans son intégrité.

En réduisant à une seule action toute la position juridique du chef de famille par rapport à sa *familia,* tandis qu'en réalité le droit lui apporte une aide infiniment plus large, j'entends dire seulement que ce n'est que dans cette action que la position juridique comme telle forme l'objet du litige et le motif de la décision du juge; dans toutes les autres actions, cette position n'est considérée que comme la condition du droit invoqué. Même dans les actions que le père de famille intente à raison des contrats conclus par ses enfants ou des mauvais traitements exercés sur eux, il doit prouver qu'ils sont en sa puissance, si ce fait lui est contesté; mais juridiquement les choses sont comme si le fondement de ces actions résidait dans son propre chef; ce qui leur est promis, lui est promis à lui, le mal qui leur est fait, est fait à lui-même. Dans ce cas la personne soumise à puissance n'apparaît pas dans la procédure. La même opposition existe entre l'*hereditatis petitio* et toutes les autres actions de l'héritier. Dans ces dernières, il passe le *de cujus* sous silence et agit de son propre chef[1]. Dans l'*hereditatis petitio,* au contraire,

(1) Sa *vindicatio* tend à *suum esse.* Son action personnelle à *sibi dare oportere,* Gaius IV. 34. De même le père, lorsque le fils de famille lui a acquis quelque chose, ou a été injurié.

c'est son rapport avec le *de cujus*, c'est-à-dire son droit héréditaire, qui est en contestation et forme l'objet du litige. De même que, dans cette action, la position juridique du demandeur envers la *familia* toute entière (la succession) est en jeu, de même, dans la *vindicatio*, il s'agit du droit du chef de famille au regard d'une portion détachée de la *familia*.

La *vindicatio* représente la poursuite en récupération de la *manus* dans le sens de l'ancien droit; elle suppose l'existence juridique de la *manus*, et tend à la recouvrer en fait. Elle est la *manus* au regard du monde extérieur, la lutte judiciaire de la *manus* contre un trouble de l'état de fait qui y correspond.

Sous cet aspect se révèlent de nouveau la même logique inflexible, le même absolutisme, voire la même tyrannie qui caractérisent la *manus* à l'intérieur de la famille. Toute résistance cède devant elle. Dans la maison, comme hors la maison, chacun doit plier devant le droit du chef de famille; et cette soumission ne comporte aucun tempérament. Telle est l'essence de la *vindicatio* dans le droit le plus ancien. Je dis le droit le plus ancien, car la *vindicatio* du droit nouveau ne répond pas plus à son aînée, que la puissance domestique originaire à celle de l'époque nouvelle. D'importants changements sont venus modifier la physionomie des deux institutions. Dans le droit nouveau, le défendeur, tout en reconnaissant le droit de propriété réclamé, peut opposer à la *rei vindicatio* des exceptions qui excluent ou modifient la restitution (par exemple l'*exceptio rei venditæ et traditæ, rei ususfructus, pignoris nomine traditæ*, l'*exc. doli* du chef d'impenses sur la chose, et même, selon les circonstances, la demande en restitution du prix payé), et toute recevable qu'elle puisse être en elle-même, la *rei vindicatio* reste sans effet. Rien de semblable dans l'ancien droit. Quand et aussi longtemps que la propriété existe, rien ne peut entraver la *rei vindicatio;* elle ne devient sans effet que lorsque la propriété est éteinte *(usucapio)*. Dans le droit nouveau, il ne

subsiste de l'ancienne *vindicatio* que le seul élément de l'*in rem actio*, c'est-à-dire que l'action est recevable contre tout tiers possesseur ou, pour employer les termes de l'école, qu'elle a un caractère absolu *(in rem)*, par opposition au caractère relatif *(in personam)* de l'action personnelle. Ce qui précède marque le peu d'importance de ce caractère absolu. L'*actio publiciana* est également une *in rem actio*, et cependant telle qu'elle est organisée, elle est complètement relative. Elle aussi, *en principe*, est donnée contre tout tiers quelconque, mais elle cède devant le droit égal ou le titre meilleur du défendeur.

Le caractère particulier de l'ancienne *vindicatio* n'est donc pas d'être une *in rem actio* : il gît dans la manière dont elle l'est. Elle est absolue à ce titre que rien ne peut arrêter son cours[1]. Que le défendeur soit possesseur de bonne ou de mauvaise foi, qu'il ait payé la chose de ses deniers, ou y ait fait des impenses, n'importe, il est tenu de restituer.

Pour le juriste élevé à l'école du droit romain, la chose se présente tout simplement comme une conséquence logique de la notion de propriété. Mais alors, elle devrait se reproduire de même partout! Or tous les peuples, même les plus sauvages, ont la notion de la propriété, et cependant le Romain seul connaît la *vindicatio*. C'est même ce que proclame en termes exprès l'ajoute *ex jure Quiritium* après les mots *suum esse* de la formule. Cette ajoute n'invoque pas simplement en faveur de la *rei vindicatio* le droit en vigueur. Si la formule avait nécessairement dû rappeler le droit en vigueur, on aurait dû l'invoquer aussi pour l'action personnelle. Or la formule de la *condictio* de l'ancien droit n'était pas : *dare oportere ex jure Quiritium*, mais simplement : *dare oportere*.

(1) L'objection que l'on pourrait tirer de la défense de revendication du *tignum junctum*, sera repoussée par la preuve à fournir plus tard que dans le droit le plus ancien la revendication ne s'appliquait nullement aux *res nec mancipi*.

L'ajoute devait donc renfermer un sens spécial, et ce sens spécial s'y trouvait. *Suum esse ex jure Quiritium* reporte vers un autre *suum esse;* il signale une particularité. Les Romains ont-ils songé à opposer leur droit de propriété à celui d'autres peuples? L'ajoute renvoie-t-elle au droit étranger? Si cela était, les Romains auraient bien souvent dû faire ce renvoi. Ce qui est vrai, c'est que l'opposition se trouve dans le droit romain lui-même. Il s'agit du droit de propriété sur les *res nec mancipi;* la *vindicatio* ne s'exerçait pas sur ces choses. Elle était restreinte à la *manus*. Les *res nec mancipi* échappaient à la *manus*, la *mancipatio* ne leur était donc pas applicable, ni par conséquent la *vindicatio*. Elles n'appartenaient pas à la *familia* dans le sens technique, mais à la *pecunia*.

Vindicatio et *manus* se répondent l'une à l'autre : sans *manus* pas de *vindicatio;* là où la *manus* s'exerce, peut s'exercer la *vindicatio;* celle-ci, c'est la *manus* au dehors de la maison. C'est pourquoi la main, qui apparaît dans l'acquisition de la *manus* par *mancipatio* (v. plus loin), doit agir aussi lorsqu'on en poursuit le recouvrement par voie judiciaire. La main, dans le sens naturel, doit symboliser la main dans le sens juridique. Dans le premier cas, où la partie adverse est consentante à l'acte, la main suffit par elle-même, son action est pacifique; ici, où il s'agit de briser la résistance de l'adversaire, la main doit être armée, c'est la main du combattant. Le rituel de la procédure de *vindicatio* impose au revendiquant de s'armer de la *lance* (la *vindicta*) pour indiquer sa volonté de défendre son droit, comme il convient à un Quirite, et l'adversaire est tenu au même cérémonial. Tous deux en viennent aux mains (*manum conserere, manus consertæ*) — leur prétention réciproque de posséder la *manus* ne saurait avoir d'expression plus énergique. C'est la force privée *(vis)* qui vient ici combattre pour le droit. Ce duel simulé donna à l'acte lui-même le nom de *vindicatio* qui s'appliqua dans la suite à l'action toute entière. L'idée est celle-ci : la force

privée (*vis*) est le moyen naturel et reconnu par le droit par lequel le Quirite fait valoir sa *manus* sur la *familia*, à l'intérieur et au dehors.

Nous n'avons pas encore prouvé que dans l'ancien droit la *vindicatio* portait aussi loin que la *manus*. Cette preuve résulte du témoignage d'Ulpien (L. 1 § 2 de R. V. (**6**. 1) qui admet en termes exprès la possibilité (bien que la chose dût de son temps être tombée en désuétude) d'intenter une revendication d'enfants de famille (seulement dans ce cas l'action ne prenait pas le nom de REI *vindicatio)*. Il en résulte, évidemment, qu'à l'époque ancienne, il a dû en être de même pour la femme soumise à la *manus*. L'application de la *vindicatio* aux domestiques et servantes se trouvant *in causa mancipii* est hors de question. La *vindicatio* s'étendait donc, à l'époque la plus ancienne, sur la *familia* (dans l'acception étroite du mot établie ci-dessus), placée sous la *manus* du chef de famille : femme, enfants, domestiques, servantes, esclaves et les autres *res mancipi*.

Elle présentait encore un autre cas d'application. La chose cependant est problématique, et le cas semble si éloigné de notre conception actuelle de cette action, que l'idée n'est jamais venue jusqu'ici, que je sache, de l'y rattacher. Il s'agit de la justice privée du créancier contre le débiteur insolvable : si celui-ci, au jour de l'échéance, reste en défaut de payer (le *nexum* de l'époque ancienne équivalait à une lettre de change), le créancier peut mettre la main sur lui *(manum injicere)*, et l'emmener de force dans sa maison. Si le débiteur conteste la dette, un *vindex* (*qui vindicit eum in jure*) se substitue à lui, plus tard il est admis lui-même à MANUM *sibi depellere*. La *legis actio* attachée à l'un et l'autre cas portait le nom de *manus injectio*.

Cette *manus* et ce *vindicere* ont-ils le même sens que la *manus* et le *vindicare* que nous venons d'expliquer? Etant donnée la rigoureuse correction que le droit ancien gardait

dans l'emploi des termes techniques, je ne puis me résoudre à admettre la négative, et je ne m'arrête même pas devant cette objection qu'on poursuit ici une réclamation personnelle. Sans doute c'est de l'argent que réclame le créancier, mais le débiteur n'en a point, et dès lors, — comme s'expriment les juristes — la demande obligatoire se convertit en une demande réelle; il obtient un droit sur le corps du débiteur. Peu importe que celui-ci, pour l'instant, conserve sa liberté et reste citoyen romain (il s'en va de même du serviteur qui se trouve *in causa mancipii)*, la *manus* pèse lourdement sur lui car, s'il ne paie pas, il peut être vendu. L'homme désormais appartient au créancier, qui l'entraîne dans sa maison, il ne peut personnellement agir en justice contre lui, pas plus que toute autre personne soumise à la puissance domestique; — comme pour cette dernière, lorsqu'elle conteste sa sujétion, il faut qu'un tiers, le *vindex*, intervienne et plaide sa libération. *Au fond*, le procès a pour objet la *créance; dans la forme,* il se déroule en vue de la *manus,* qui lui donne son nom. C'est la situation juridique du débiteur qui se débat; le litige doit décider s'il sera livré à la *manus* du créancier, il ne vise pas la dette, qui n'apparaît que d'une manière indirecte.

Situation juridique passive du chef de famille à l'égard du monde extérieur. Au droit du chef de famille *sur* la *familia* correspond son obligation de répondre *pour* la *familia*. Cette responsabilité ne peut être mise en cause qu'à raison d'un dommage *(noxia)* causé par un *membre (mater — filius — filia familias)* ou par une *chose* de la *familia* (esclaves, serviteurs, animaux). Le chef de famille ne peut être obligé en vertu de contrats conclus par ceux qui sont sous sa puissance : ceux-ci ne possédant rien, si leurs contrats étaient valables, ils disposeraient indirectement du patrimoine du chef de famille. Cette règle n'a été modifiée que par le droit prétorien de l'époque postérieure.

En ce qui concerne le dommage, le droit ancien distingue entre celui causé par les hommes, et le dommage occasionné par le fait des animaux (1). Le premier cas donne ouverture à l'*actio noxalis*, le second à l'*actio de pauperie*. Ces deux actions laissent au chef de famille le choix ou de réparer le dommage *(noxiam sarcire)* ou d'en abandonner l'auteur à la partie lésée, à titre de réparation *(noxæ dedere)*.

En introduisant ces deux actions, ayant toutes deux les mêmes fins en vue, on n'avait nullement songé à ce qu'il y aurait eu de choquant à mettre sur la même ligne les hommes et les animaux. Le principe qui les distingue gît dans la *différence de la responsabilité* encourue par le chef de famille. Dans l'*actio noxalis*, cette responsabilité est illimitée; elle est restreinte dans l'*actio de pauperie*, et cela répond exactement à la distinction qu'il faut établir, par rapport à l'imputabilité, entre l'homme et l'animal. Qu'il soit libre ou esclave, père de famille ou fils de famille, l'homme peut toujours être déclaré responsable du dommage qu'il cause. Son fait se traduit juridiquement par l'expression *délit (delictum* de *delinquere* = s'écarter du chemin, en allemand *ver-gehen*, *ueber-tretung*, en français : *contra-vention)*. Cette expression contient deux éléments : la *faute* au regard de l'auteur du fait et la *lésion du droit* eu égard à la personne du lésé. L'homme seul peut commettre un délit, jamais l'animal. Il ne peut être question de faute ni de lésion du droit quand il s'agit de dommage causé par un animal, pas plus que lorsqu'il s'agit des ravages causés par la grêle. Le propriétaire lésé s'*appauvrit* d'autant, et il n'en est que cela. Tel est le sens du mot *pauperies* employé dans l'ancienne langue juridique pour désigner le dommage causé par un animal. Trouvaille heureuse s'il en fût, qui marque psychologique-

(1) Restriction aux quadrupèdes (*quadrupes*), plus tard extension à tous les animaux domestiques; dans la maison de l'ancien Romain il n'y avait point d'animaux sauvages.

ment et juridiquement, en un seul trait, tout ce qui distingue l'homme de l'animal. Elle révèle combien de bonne heure le sens du droit a été éveillé dans l'âme romaine, et montre que de tous temps les Romains ont conçu et exactement appliqué les notions d'imputabilité et de lésion juridique.

La conséquence pratique de cette distinction, c'est que le chef de famille est, d'une façon absolue, responsable à raison des délits, et que sa responsabilité est restreinte en matière de *pauperies*. Dans ce cas, en effet, il n'est responsable que pour autant que l'animal ait commis un dommage que l'on ne pouvait pas prévoir étant donnée l'espèce à laquelle il appartient *(contra naturam sui generis)*. Tout autre dommage est présumé être dû à la faute de celui qui en est la victime : il aurait dû le prévoir.

L'obligation résultant pour le chef de famille de l'une et l'autre action est éventuelle et alternative : il doit réparer le dommage causé ou il doit abandonner son auteur au lésé. Réparer le dommage rentre seul dans l'*intentio* de l'action, et seul fait l'objet de la condamnation (1). La *noxæ deditio* est un droit que la loi réserve au chef de famille, mais dont il n'a à user que lorsqu'il sait à quel taux le juge a arbitré le dommage. C'est à ce moment seulement qu'il se trouve en mesure d'exercer son choix. Juridiquement, la *noxæ deditio* est un mode particulier d'exécution du jugement; c'est le cas le plus ancien d'une *datio in solutum* autorisée par la loi (2).

Quel est le fondement de l'obligation du chef de famille? On pourrait le rechercher dans sa propre faute; il a failli à son devoir d'éducation, de discipline, de surveillance. C'est en vertu de ce principe que le droit chinois frappe les parents à raison des délits commis par les enfants, et lorsque les

(1) L. 1 pr. de nox. act. (9. 4) *si... DAMNATI fuerimus.* Les mots *evitare litis æstimationem,* dans ce texte, doivent être rapportés au refus de payer la *litis æstimatio.*

(2) GAIUS I. 140 : *hunc actor pro pecunia habet.*

choses marchent mal dans l'Empire céleste, c'est l'Empereur lui-même qui fait pénitence. Quelque juste qu'il puisse être dans beaucoup de cas de prendre en considération la faute, il ne faut cependant pas s'y arrêter en cette matière, car les deux actions peuvent être poursuivies même contre le successeur particulier qui n'a cependant aucune faute passée à se reprocher. Si la responsabilité du chef de famille prenait source dans sa faute, la réclamation devrait rester dirigée contre lui, même en cas d'aliénation de l'objet; mais celui-ci entraine avec lui l'action en réparation (*noxa caput sequitur*). C'est donc la puissance, et non la faute, qui est la cause de l'action en responsabilité. C'est un principe général, une des considérations fondamentales de l'époque antique, que celui qui possède la puissance sur autrui est responsable de l'injustice d'autrui. Celui qui souffre du dommage n'a pas d'autre moyen d'en obtenir réparation; la poursuite directe du coupable lui est interdite par la puissance du maître, et il ne reste que le recours à cette voie indirecte. Lorsque, dans une nation, un citoyen a lésé le droit d'un citoyen d'une autre nation, ou ne veut pas respecter les obligations qu'il a contractées, on s'en prend à la nation qui exerce la souveraineté sur le coupable. Sa responsabilité est exactement la même que dans l'action noxale; elle ne peut la dégager qu'en accordant la satisfaction demandée, ou bien en mettant par la *noxæ deditio* le coupable à la merci du peuple qui poursuit la réparation. S'y refuse-t-elle, elle se fait complice de la faute et il surgit un *casus belli*. Quelqu'un a-t-il offensé les dieux, le peuple, qui a sur lui le droit de justice criminelle, répond envers eux de son méfait; s'il se soustrait à cette responsabilité, il devient complice du sacrilège, et appelle sur lui-même la colère et la vengeance divines (1).

(1) Traces de cette appréciation dans la phrase: *ut populus religione solvatur* (Cic. pro Caecina c. 34), *religionis solvendæ gratia* (Liv. 7. 3) et l'offrande expiatoire que le peuple fit lors de la grâce accordée à Horace.

Le père, qui a juridiction criminelle sur le fils, est de même garant envers le peuple de son châtiment en cas de délit; s'il élude ce devoir, tel le cas d'Horace, le peuple lui-même se mêle de la chose. En résumé, à celui qui détient la puissance remonte la responsabilité. Mais précisément puisque c'est la puissance qui la crée, elle cesse en même temps que s'éteint cette puissance. Celui qui renonce à celle-ci n'encourt plus aucune responsabilité. Tel est le fondement de la *noxæ deditio*. Lorsque les juristes romains (GAUS, IV, 75) ramènent cette faculté à l'idée qu'il est injuste que la responsabilité du père ou du maître s'étende au-delà de l'objet (*ultra ipsorum corpora*), ils indiquent donc moins le fondement juridique de la *noxæ deditio*, qu'ils n'en expriment la *suite économique*. D'après le droit ancien, le délaissement du *noxium caput* est absolu et définitif, il n'a aucun caractère provisoire; le rachat, même complet, du dommage au moyen des services rendus n'y met point fin. C'est là un principe nouveau que le droit postérieur a introduit en faveur du fils de famille (1).

d) Acquisition et perte de la manus. Si je me bornais, dans ce paragraphe, à reproduire les indications des sources, ma tâche serait bientôt accomplie. Je n'aurais qu'à examiner les divers rapports de puissance dans lesquels la *manus* s'est subdivisée dans la suite, en me demandant pour chacun d'eux, comment il naît et de quelle manière il se dissout. C'est la méthode courante de l'histoire du droit. Elle nous enseigne ceci : dans le mariage, la *manus* s'établit par *confarreatio*, par *coemtio*, par *usus*; la *diffareatio* et la *remancipatio*

(1) PAUL S. R. II, 2, 3 : *Manumittere cogendus a* PRAETORE; le délaissant n'avait donc pas d'*action*, ce qui, au surplus, est encore expressément dit : *fiduciæ judicio non tenetur*. Le rapport était ainsi exactement le même que dans la *fiducia* hypothécaire, dans laquelle aussi la chose toute entière répondait de la faute, jusqu'à ce qu'ici également le droit nouveau reconnût un droit de décompte.

y mettent fin ; la naissance à la suite d'un mariage romain, l'adoption, dans son sens le plus large, servent de fondement à la puissance paternelle; celle-ci est suspendue à la suite de la vente ou de la *noxæ deditio*, et s'éteint définitivement par l'émancipation et l'*in adoptionem datio*; le *mancipium* naît par *mancipatio;* la propriété sur les *res mancipi* s'établit par la *mancipatio* ou l'*in jure cessio.*

Tel se présente le droit de l'époque postérieure. Mais ce droit n'est pas le droit primitif. Celui-ci ignorait l'*in jure cessio*, et par conséquent son application à l'émancipation et à l'*in adoptionem datio.* La suppression de la puissance paternelle aurait été chose incompréhensible pour un vieux Romain, il la considérait comme indestructible. Ce même Romain n'aurait pas compris davantage un rapport conjugal sans *manus*; pour lui, il doit pouvoir exercer un pouvoir illimité sur tout ce qui se trouve dans sa maison. Un mariage où la *manus* s'établit après coup par *usus*, ne peut dater que de l'époque postérieure. La même observation s'applique à la forme de la *mancipatio*. Quelle que soit l'idée que l'on se fasse de la nécessité de la présence de cinq témoins pour la conclusion de cet acte (v. plus loin), le *libripens*, en réalité, n'apparaît qu'à l'époque où les paiements s'effectuaient au moyen du métal.

Bref, dans le droit de l'époque nouvelle, tel que nous le présentent les juristes romains, les vestiges des anciennes institutions se montrent mêlés aux institutions nouvelles. La critique historique a pour mission de distinguer les unes des autres. Mais la critique seule est impuissante à réaliser cette œuvre ; elle ne fait que nous apporter des matériaux dont nous avons à démêler la signification. Ce travail, on le verra, produit des résultats surprenants.

Nous avons pu ramener la puissance domestique sous trois aspects fort simples : pouvoir illimité à l'intérieur (*manus*) — pouvoir illimité au dehors (justice privée et

vindicatio) — responsabilité du chef de la *familia* envers le monde extérieur (*act. de pauperie* et *actio noxalis*). Un quatrième principe fondamental régit la constitution de la maison romaine; il consiste dans la *publicité de tous les actes juridiques concernant la* FAMILIA *ou une de ses parties*, c'est-à-dire dans la conclusion de ces actes en présence de *témoins*. Ni un membre, ni un objet de la *familia* ne peuvent entrer dans la maison romaine, ni en sortir, sans que le monde en connaisse. Entrée et sortie, pour produire leur effet juridique, doivent toujours pouvoir être attestées par témoins. Mais ce principe n'a de force que pour la *familia*, il ne s'applique pas à la *pecunia* (v. p. 82) et ne régit même que l'entrée et la sortie. L'accroissement et la propagation de la *familia* par naissance (enfants, esclaves, croît des animaux) s'effectuent dans l'intérieur de la maison romaine; nul n'y a accès, pas plus le témoin que n'importe qui; il est arrêté au seuil de la porte. L'accroissement de la *familia* donne-t-il lieu à une contestation, le chef de famille assemble les voisins qui sont au courant de son ménage, qui ont vu grandir ses enfants et ceux de ses esclaves, qui ont vu le bétail sur son champ. L'appel des témoins ne concerne donc que les *actes juridiques*. Mais il ne s'agit pas seulement des actes juridiques proprement dits (dont nous parlerons bientôt), le principe s'applique encore dans le cas de l'exposition de l'enfant difforme. Cette exposition, tout comme la *derelictio*, constitue un acte juridique, car le père y renonce à un *droit* : son droit de puissance paternelle sur l'enfant.

Les témoins ne figurent pas au même titre dans tous les actes juridiques; il y a ceux où ils ne doivent que *certifier* la conclusion de l'acte (assistance passive), et ceux où ils doivent *approuver* l'acte même (assistance active). Cette dernière catégorie comprend d'abord les actes qui doivent être accomplis devant l'assemblée du peuple : l'arrogation et le testament. La chose est certaine pour l'arrogation; le

peuple pouvait la rejeter ou l'approuver. Quant au testament, je l'établirai en son temps. Dans les deux cas, toute la *familia* se trouvait transportée ailleurs. Un *paterfamilias* et un pubère seuls pouvaient être arrogés et faire un testament; une femme était sans capacité dans les deux cas, non à raison d'un motif de forme, parce qu'elle ne pouvait pas paraître dans l'assemblée du peuple, mais le but intrinsèque de l'acte s'y opposait. Une femme ne peut propager le nom ni la race, ce qui était le seul but de l'arrogation, et son patrimoine ne pouvait être enlevé à sa famille (p. 81). Que ces deux actes dussent être accomplis dans l'assemblée du peuple, je n'y attache pas la raison de pure forme qu'il s'agissait de la *familia* entière, et non d'une partie isolée de celle-ci; pareil motif n'indique que la *différence* entre les deux cas, sans donner le *fondement* de la différence de leur *traitement* juridique. Celle-ci résidait plutôt dans la diversité des intérêts qui étaient en jeu, et qui devaient pouvoir se faire entendre du peuple entier : l'intérêt de l'Église et des *sacra* qui exigeait dans l'un et l'autre acte la présence des pontifes; l'intérêt des agnats et de la *gens* quant à leur droit héréditaire légal; dans l'arrogation, l'intérêt du créancier. Dans l'assemblée du peuple, chacun pouvait faire valoir sa cause, élever sa protestation, et ni le collège des Pontifes, ni le peuple, ne donnaient leur assentiment avant que tous les intérêts ne fussent sauvegardés. Nous avons vu (p. 58) que telles étaient exactement les attributions conférées dans la *confarreatio* aux dix témoins et au *pontifex maximus*. Cette opinion est confirmée par les dispositions du droit ancien concernant l'exposition des enfants; le chef de famille peut à son gré exposer les filles, sauf l'aînée, mais il est tenu d'élever les fils; l'intérêt de la communauté l'exige. Il ne peut les exposer que s'ils sont difformes ou débiles; la communauté n'en souffre pas : mais dans ce cas il doit appeler des témoins. Ceux-ci ont à émettre leur avis. Sans aucun doute, ils rem-

plissent ici la fonction que j'assigne aux témoins de la *confarreatio*. Seulement leur nombre n'est pas de dix, mais de cinq. Pourquoi? C'est que la mesure concernait non-seulement les Patriciens, mais aussi les Plébéiens : le nombre dix est sacramentel pour les Patriciens, cinq représente le peuple entier. Dix s'applique à la constitution des *gentes*, cinq à celle des curies (v. p. 112). Si celle-ci date de l'époque primitive, c'est-à-dire si elle remonte jusqu'à l'existence de l'Etat familial patricien, comme on peut l'inférer du renseignement fourni par Denys d'Halicarnasse (II, 15) qui en attribue l'institution à Romulus, ce qui en d'autres termes rattache les choses au droit coutumier le plus ancien, le nombre des témoins doit avoir été à cette époque, soit de dix, soit de trois, puis l'introduction du cens doit avoir fait porter ce chiffre à cinq. En vertu du cens, en effet, le nombre cinq devint le chiffre fondamental, tant pour les Patriciens que pour les Plébéiens. C'est à la suite de l'institution du cens, aussi, que devinrent communes aux Plébéiens les dispositions du droit patricien sur l'éducation des enfants mâles, car cette éducation présentait un intérêt primordial au point de vue de la défense nationale. La loi des XII tables sanctionna de nouveau le droit d'exposition, mais, au dire de Cicéron (de leg. III, 8), en ne permettant d'en user qu'à l'égard de l'enfant difforme (*insignis ad deformitatem puer*).

Passons aux témoins dont l'*assistance est purement passive;* ce sont ceux du *gestum per aes et libram* : les cinq témoins et le *libripens*. Lorsque vint l'époque où l'usage de l'argent monnayé eut fait disparaître le pesage du métal non monnayé, le *libripens* ne fut plus qu'un simple figurant aux actes. Les Romains ne le conservèrent que par suite de leur esprit éminemment conservateur, mais la fonction avait perdu toute sa signification originaire.

Le *libripens*, autrefois, a certainement dû remplir un office actif; il devait veiller à ce que les choses se passassent

correctement, et mettre l'accord entre les parties en cas de contestation, selon toute apparence. C'était un officier public, auquel l'aerarium confiait la balance et les poids; quelque chose comme un mesureur public, comme on en rencontre sur nos marchés d'aujourd'hui. Le *libripens* ne peut avoir apparu pour la première fois qu'au temps où le métal était devenu un moyen général de paiement, car à l'époque originaire, les Romains ou leurs prédécesseurs, comme tous les autres peuples du reste, procédaient par voie d'échanges. La forme définitive de la *mancipatio* : intervention du *libripens* et indication dans la formule du pesage d'un paiement en argent (*eaque mihi emta res est hoc aere aeneaque libra*) ne peut donc avoir été la forme originaire. D'autre part, néanmoins, la notion de la *manus* ne peut dater de cette époque plus récente. Il faut donc aussi qu'il y eût déjà alors une forme officiellement prescrite pour tous les actes intéressant la *manus* et à la conclusion desquels le droit ancien n'attachait aucune solennité spéciale. On voit en effet le droit ancien, aussi bien que le droit des autres peuples à l'époque correspondante, entourer tous les actes importants de certaines formalités solennelles, c'est-à-dire déterminées. Essayons de reconstituer la *mancipatio* dans sa forme primitive.

Mancipium — tel est le nom de cette forme — c'est-à-dire *acquisition de la* MANUS (*manu-capere*). Il en est parlé pour la première fois dans la loi des XII tables (*Cum nexum faciet mancipiumque*)(1). Le nom reste avec cette signification jusqu'au dernier siècle de la République; Plaute, Varron, Cicéron, n'en connaissent pas d'autre. *Mancipatio* est d'origine plus récente; c'est la jurisprudence de l'empire qui a créé l'expression. On voulait apparemment faire disparaître l'ambiguité à laquelle donnait lieu la dénomination *mancipium*

(1) ULPIEN, Vat. fr. § 50, substitue le mot *mancipatio*.

qui désignait aussi l'état des domestiques et des servantes (*causa mancipii*), en même temps qu'on voulait créer une expression technique spécialement et exclusivement applicable à la *mancipatio*.

Dans tous les actes de l'ancien droit, celui qui veut acquérir doit exprimer sa volonté oralement, au moyen d'une formule invariable. La formule de l'ancien *mancipium* n'était autre que celle de la *vindicatio*, contenant l'affirmation de l'existence de la *manus* : *hanc ego rem ex jure Quiritium meam esse aio*, c'est la première partie de la formule de mancipation rapportée par les juristes (1), qui se compléta plus tard comme nous l'avons indiqué ci-dessus.

Tous les actes de l'ancien droit romain, ayant pour but d'établir la puissance sur un objet, exigent que cet objet soit appréhendé. Les peuples enfants n'ont que des sensations, ils doivent voir l'acte s'accomplir pour en comprendre le sens : c'est ainsi que dans la *manus* le geste de la main doit servir à faire comprendre la direction juridique de la volonté du contractant. Gaius (2) considère encore cette appréhension, legs du passé, comme une condition indispensable de l'acte, et les termes mêmes dont il se sert pour constater l'inobservation de cette forme, tolérée à son époque pour les immeubles, montrent clairement qu'autrefois la formalité s'appliquait également à ces derniers (3). A l'époque ancienne, une motte de terre doit avoir représenté l'immeuble, ce qui

(1) Gaius I. 119.

(2) Gaius I. 121 : *ut apprehendere id ipsum, quod ei mancipio datur necesse sit, unde etiam mancipatio dicitur, quia res manu capitur.* Comme objets, il nomme les *personæ serviles et liberæ, item animalia quæ res mancipi sunt.* C'est à tort que les éditeurs de Gaius, mettent au I. 119 *aes* au lieu de rem *tenens* que porte le manuscrit. Abstraction faite de la preuve ci-dessus, cela est contredit par la circonstance que le droit ancien, dans les actes juridiques, ne connaît nulle part une dation, mais toujours seulement une appréhension (Esprit du D. R. I. 111, III. 266). Si l'*aes* avait dû être appréhendé, ç'aurait dû être de la part de celui qui le recevait et non de celui qui le donnait.

(3) Gaius I. 121 : *praedia vero in absentia* solent *mancipari*.

est aussi le symbolisme usité dans la procédure de revendication. Dans l'ancien droit allemand on se servait à cet effet d'un fétu de paille.

Les actes de l'ancien droit exigent pour troisième et dernière condition de leur validité, la présence de témoins. La chose ne peut être révoquée en doute, même pour l'époque primitive. Il en est ainsi non-seulement dans la Rome ancienne, mais chez tous les peuples lorsqu'il s'agit d'actes juridiques importants. A ce sujet, j'ai deux points à examiner de plus près : le premier concerne la *signification pratique* des témoins à l'époque la plus ancienne, le second, leur nombre.

Signification pratique des témoins à l'époque primitive.

Dans notre droit, et au point de vue de nos relations d'aujourd'hui, le but pratique de la présence de témoins est d'en faire des instruments de preuve. Le droit se trouve-t-il contesté, ils sont produits au même titre qu'un écrit : le témoin est un écrit vivant, l'écrit est un témoin inanimé. Témoins et écrits sont inutiles à celui qui peut se fier à son adversaire ; le danger qu'ils sont destinés à prévenir n'existe pas pour lui ; de même on n'exige ni gage ni caution d'un débiteur qui inspire toute sécurité. Les témoins comme les écrits servent à prévenir un danger possible : la présence de ceux-là sera l'obstacle à la contestation judiciaire, les écrits garantissent contre les modifications de l'état de fait. Les uns et les autres sont superflus pour celui qui a toute confiance. Que s'il s'en sert, néanmoins, et que les dangers prévus ne se réalisent point, l'emploi de ces moyens aura du moins entretenu chez lui le sentiment moral de la sécurité. Leur utilité pratique est égale, mais l'écriture, qui donne une garantie plus grande, se substitue de plus en plus au témoin pour ne plus laisser à celui-ci qu'un rôle accessoire (signature de l'acte).

Les temps primitifs, et les époques plus avancées du droit et des relations, amènent ainsi des usages différents dans l'emploi des témoins. Au point de vue de la fréquence d'abord : les témoins, aux époques anciennes, sont les précurseurs de l'écrit, et même après l'apparition de l'écriture, ils servent encore à compléter, par surcroit, les garanties et les sûretés des actes. Mais la différence apparaît surtout dans le rôle même attribué aux témoins.

De nos jours, le témoin n'exerce aucune influence sur l'acte lui-même, soit qu'il n'y intervienne qu'à la demande des parties pour attester son existence, soit que la loi y rende sa présence nécessaire. Il est appelé lorsque l'acte est matériellement prêt; son rôle se borne à écouter et à signer : son assistance est purement passive. Son prédécesseur de l'époque ancienne jouait un tout autre personnage. Il est aisé de s'en convaincre. Il suffit de se placer en pleine antiquité. Le témoin qui aujourd'hui assiste à la passation d'un acte notarié, je prends le cas le plus habituel, ignore tous les éléments qui présentent de l'importance au point de vue de l'acte juridique. Le vendeur est-il probe, dit-il vrai quant à la chose vendue, celle-ci est-elle vraiment à lui, a-t-elle des vices, vaut-elle son prix, l'acheteur est-il solvable? de tout cela le témoin ne sait rien, il ne s'en soucie, et encore en saurait-il quelque chose qu'il n'aurait qu'à se taire.

Voyons à l'œuvre le témoin de la mancipation de l'ancienne Rome. Les actes auxquels il assiste concernent des choses dont tout le monde peut avoir connaissance, plus ou moins, les voisins surtout. Ceux-ci connaissent les esclaves, les bœufs, les chevaux, les ânes, les mulets de celui qui contracte, aussi bien que les leurs; ils les voient chaque jour aux champs, au labour, et quel paysan n'aime à contempler du bétail. Les bestiaux, du reste, étaient peu nombreux à cette époque, et certes les voisins les connaissaient aussi bien que le propriétaire lui-même. Survienne un acheteur

pour l'un de ces animaux : s'il doute que la bête appartienne au vendeur, qui, mieux que les voisins, pourrait le renseigner à cet égard, et où trouver de meilleurs témoins? Acceptant de servir comme tels, ils savent qu'ils assument, sinon une garantie juridique, du moins une responsabilité morale de leurs affirmations : en hommes d'honneur ils n'attestent que ce dont ils ont la certitude. S'ils refusent leur témoignage ou ne peuvent renseigner l'acheteur sur l'esclave ou la tête de bétail, l'homme sait à quoi s'en tenir. Il s'abstiendra encore de conclure le marché si le vendeur invoque le témoignage de gens de réputation douteuse. Si les témoins sont dignes de foi, l'acheteur peut y aller en toute sécurité; s'il ne peut se fier à leur parole, la vente sera périlleuse. L'acheteur ne prend pas seulement en considération la chose même, ne se contente pas de s'assurer qu'elle est exempte de vices, il pèse la valeur des témoins auxquels le vendeur en appelle pour faire valoir sa chose. Celui qui par erreur passe marché avec un non-propriétaire doit se l'imputer à faute; il n'avait qu'à mieux se renseigner, et il n'y a aucune injustice à l'obliger de restituer la chose sans indemnité au véritable propriétaire. Le principe de la *vindicatio* romaine est. au point de vue de l'époque ancienne, aussi sage et aussi fondé qu'il l'est peu, à l'époque postérieure, et de nos jours, pour les transactions où s'est évanouie la possibilité de s'assurer contre toute perte moyennant de faire attention. La *reivindicatio* devient souvent une calamité pour le possesseur de bonne foi. Dans la Rome ancienne, acheteur de bonne foi ou acheteur imprudent de la *res mancipi* d'autrui, était une même chose, et l'issue de la *reivindicatio*, qu'aggravaient encore à l'époque antique la perte du *sacramentum*, celle des impenses et la restitution au double des fruits, punissait à juste titre la faute commise. Il n'est que juste de frapper de peine celui qui s'est prévalu à tort d'un droit de propriété quand il n'a tenu qu'à lui de connaître le vice de son titre.

Telle est la signification des anciens témoins de la mancipation romaine dans la *conclusion* des actes juridiques : ils remplissent un office aujourd'hui disparu et qui *devait* disparaître à la suite des bouleversements survenus dans les relations de la vie. Cette fonction réalisait le double but de procurer une attestation juridique *d'origine*, et de donner une *garantie morale*. Il est inutile d'expliquer la sûreté qu'elle imprimait aux relations, et la régularité qu'elle maintenait dans les transactions quant à la propriété des *res mancipi*. Dans la plupart des cas, le témoin remplaçait le juge.

Était-ce dans cette intention là que l'assistance des témoins dans les actes juridiques avait été prescrite? Assurément non ! Nous voyons là la *suite*, mais non le *but* de l'institution. L'idée d'établir un contrôle sur les relations est absolument étrangère au droit ancien. A défaut de toute disposition légale, les choses se seraient établies d'elles-mêmes dans l'ancienne vie romaine telles que je viens de les décrire ; le paysan romain discernait fort bien ce qui était son intérêt, et il se passait des lisières de la loi.

Le *but* de la loi était autre en prescrivant l'intervention des témoins, il répond à la forme primitive de la poursuite du droit au moyen *de la justice privée*. Pour que le droit de justice privée ne s'anéantît pas lui-même, pour qu'il pût se maintenir sans aboutir à des contestations sans fin et à des luttes sans répit, il fallait l'asseoir sur des bases faciles à reconnaître ; chacun devait pouvoir se rendre compte du droit d'autrui, et la chose n'offrait plus aucune difficulté lorsque ce droit était notoire. Celui à qui l'on oppose un droit ne peut ignorer ce que tout le monde sait. Cette notoriété est acquise par la publicité de la conclusion de l'acte juridique, et ce *but* conserve encore son importance même dans les cas où les témoins n'ont qu'un rôle passif. La conclusion devant l'assemblée du peuple pour l'arrogation et le testament (p. 101), la présence de dix témoins

représentant la race, dans la *confarreatio*, celle des cinq témoins représentant les cinq classes du cens, dans le *mancipium* et le *nexum*, assuraient la notoriété de ces actes, les portaient à la connaissance de tous, et dès lors la justice privée pouvait avoir son cours.

La garantie publique ne peut ainsi s'étendre sur tous les actes; jouissent seuls de cette protection ceux qui intéressent la *familia* (1). Et ce privilège lui revient, car elle seule dégage nettement l'individualité de l'ayant-droit qui forme la condition essentielle de la justice privée; les litiges relatifs à la *pecunia* doivent toujours être débattus devant le juge. Pour la rentrée de certaines créances seulement, l'ayant-droit peut recourir à la justice privée, c'est-à-dire à la saisie des choses appartenant au débiteur *(pignoris capio)*, mais il doit attacher à sa créance un intérêt public (2). Dans ce cas, aussi, le créancier qui procède par voie de justice privée apparaît comme revêtu d'une autorité publique. Elle lui est conférée par le caractère public de son *droit*. Les autres cas de justice privée ont pour base la publicité de l'*acte*.

Le but de la présence des témoins solennels de l'ancien droit est donc de légitimer l'emploi de la justice privée; c'est ce qui les distingue des témoins appelés seulement pour faire preuve de la conclusion de l'acte et qu'il dépend de la volonté des parties de convoquer. Ceux-ci ne sont mandés

(1) Nous avons prouvé plus haut (p. 91) que le *nexum* doit également être rangé dans ce nombre, et nous en verrons une nouvelle preuve plus loin.

(2) GAIUS IV. 27, 28. 1. Intérêt militaire : *aes militare, equestre, hordiarium;* 2. Intérêt agraire : saisie du fermier des impôts ; 3. Intérêt sacral : *emptio hostiæ, locatio jumenti* pour les sacrifices. Je présume que les deux contrats que nomme GAIUS étaient notifiés aux prêtres et aux pontifes. Dans ces deux cas le caractère public du droit était évident, mais il était impossible d'en croire sur parole celui qui avait donné en location un animal de trait : *quod ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem i. e. in sacrificium impenderet*, et il n'y aurait même eu aucune garantie qu'il en ferait réellement l'usage allégué.

qu'en vue d'un débat devant le juge, les autres rendent toute contestation judiciaire superflue. Si le chef de famille trouve un objet de sa *familia* dans les mains d'un tiers, il appelle des témoins pour l'aider à récupérer son droit vis-à-vis du possesseur. Il peut, à ces fins, les assigner solennellement comme nous l'avons vu ci-dessus. La loi a pourvu à ce qu'ils fussent forcés de répondre à cet appel, sous peine d'être déclarés *improbi atque intestabiles*(1), c'est-à-dire des hommes déshonorés et incapables désormais de recourir eux-mêmes à une preuve par témoins, devant entraîner des conséquences juridiques. C'était en quelque sorte leur enlever tout crédit, et les bannir des relations sociales. Représentons-nous maintenant l'ayant-droit joignant le possesseur, accompagné de ses témoins ou de ceux qui restent survivre(2) (chose toujours probable, étant donné le nombre des témoins et la brièveté du délai d'usucapion). Rien ne sert au possesseur d'invoquer sa possession — ce qui dans la procédure postérieure suffit — il doit prouver la légitimité de son acquisition et produire ses témoins qui l'attestent. S'il ne satisfait pas à ces conditions, sa résistance est illégale et son adversaire peut recourir à la violence pour la briser. Ses témoins, sans doute, lui prêtaient main forte : c'était le devoir de tout vrai Romain lorsqu'il s'agissait de la lutte du droit contre la violence nue(3).

(1) GELLIUS 6, 7, 2; 15, 13, 11.

(2) C'est à quoi peut-être fait allusion l'expression *superstites* au moyen de laquelle ils sont désignés dans le rituel de la *vindicatio*. L'époque postérieure la remplace par *testis*. Mais pourquoi ce composé au lieu de la forme simple toujours employée seule dans le langage ancien (*testis — testari — testamentum — testimonium — testabilis*)? Il faut cependant que cela ait eu un but particulier. *Superstes*, c'est grammaticalement le *super-testis* (*stare, steti, stes, testis*), il désigne donc un témoin d'une espèce particulière, et si l'on admet la conjecture énoncée ci-dessus, cela expliquerait le langage vulgaire. FESTUS : *superstites... vulgari quidem consuetudine poni* (*tur pro iis qui restent*) SUPERQUE *sint*.

(3) Appel à cette aide : *quiritare* = FIDEM *Quiritium implorare*, c'est-à-dire la prestation de l'aide est une question de *fides*. VARRO L. L. 6. 18.

Le possesseur ne pouvait opposer de résistance que sous la double condition d'indiquer une cause d'acquisition (*causa*) et de produire des témoins. Ce qui le prouve, c'est que le rituel de la *vindicatio* mentionne en termes exprès ces deux conditions. Le début(1) de la procédure de *vindicatio* jusqu'au moment où le Préteur lance son ordre : *Mittite ambo hominem*, et commence régulièrement la procédure, donne l'image de la marche de la justice privée à l'époque primitive ; les deux parties sont armées de la lance, elles saisissent(2) la chose en litige et en même temps énoncent la cause sur laquelle elles appuient leur droit à la propriété de la chose et leur titre à la justice privée(3).

Le nombre des cinq témoins. Ce chiffre ne peut pas avoir été toujours exigé. Le nombre fondamental du droit le plus

(1) [Le manuscrit d'Jhering donne encore la rédaction suivante : Le demandeur demandait au défendeur sur quelle cause d'acquisition il basait sa propriété (Gaius IV. 16 : *postulo anne dicas qua ex causa vindicaveris*), chose qu'il a dû commencer par faire lui-même en s'adressant au juge (Gaius ibid : *secundum suam causam*, c'est à quoi se rapporte *sicut dixi*). La question n'aurait pas eu de sens si le défendeur n'avait dû y répondre ou s'il avait pu répondre au moyen des mots absolument insignifiants de la formule : *jus peregi sicut vindictam imposui*, ces mots supposent l'indication de la cause d'acquisition concrète, de même que le *sicut dixi* du demandeur. Dans un procès sur un immeuble, le Préteur, après l'introduction de l'instance, invite les deux parties à se transporter sur le fonds contesté, accompagnées de leurs témoins respectifs (*suis utrisque superstitibus praesentibus*. Fest. *superstitis*. Cic. pro Murena 12. 26). Il n'est pas nécessaire, j'imagine, de prouver qu'il s'agit ici non pas des témoins de la procédure de *litis contestatio*, ma des témoins de l'acquisition qui peuvent donner des renseignements sur la *causa*.]

(2) Gaius IV. 16 *festucam tenebat — ipsam rem apprehendebat.*

(3) La formule, d'après Gaius, était : *hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo* SECUNDUM SUAM CAUSAM *sicut dixi*, et elle était la même pour les deux parties (*adversarius eadem similiter* DICEBAT). Il est hors de doute pour moi que la *causa* devait être individuellement nommée, tant dans la justice privée que dans la procédure.

ancien n'est pas cinq, mais trois et dix[1]. Ces derniers chiffres également se retrouvent dans deux institutions qui nous reportent à l'époque la plus ancienne : trois dans l'ancien droit des gens pour la déclaration de guerre (Liv. I. 32, *non minus tribus puberibus praesentibus*), dix dans le mariage par *confarreatio* (p. 59). D'après l'analogie du premier cas, j'incline à croire qu'à l'époque la plus ancienne les témoins du *mancipium* étaient également au nombre de trois.

Depuis l'introduction du cens, l'Etat a également intérêt à connaître les modifications que subit la *familia*. Aussi le chef de famille doit-il tous les cinq ans fournir à l'Etat, au moyen des listes du cens, la composition de sa *familia*, et dans l'intervalle il doit, par la *mancipatio*, lui faire connaître les changements qui y surviennent. Là se trouve l'explication de l'intervention des cinq témoins ; ils représentent les cinq classes du cens et le Censeur s'adresse à eux s'il a besoin de se renseigner plus avant. Ils remplissent donc là le même but pratique que dans la *vindicatio*, dans laquelle ils intervenaient même avant l'introduction du cens, mais leur nombre n'a certainement été fixé à cinq que depuis cette introduction.

Si cette hypothèse de la signification quant au cens du nombre des cinq témoins de la *mancipatio* est exacte, il en résulte qu'il doit en être de même des cinq témoins du *nexum*. Un passage de Cicéron sur les *causae centumvirales* (de Orat. I, 38) confirme la chose. A côté des *jura manci-*

(1) Trois : les trois tribus souches — les *tres arbitri* — le *trinoctium* de la femme mariée, le triple appel au témoin (p. 85). Dix : les dix *gentes* de la curée, les dix curies de la tribu — les dix témoins de la *confarreatio*, l'année de dix mois, les decemvirs et les dix tables originaires. Trois et dix : les 300 *celeres* et sénateurs, les 3000 hommes de la légion, les trois délais de 10 jours chacun dans la procédure internationale (*clarigatio*) etc. V. Bodemeyer Die Zahlen des römischen Rechts. Göttingen 1855 § 4 et 11. Sur les cinq témoins lors de l'exposition de l'enfant difforme v. p. 102; le collège des pontifes n'appartient pas à l'époque de la royauté.

piorum, il cite les *jura nexorum*. D'autres déjà ont émis cette conjecture que la juridiction des centumvirs devait se rattacher au cens(1). J'admets l'idée, et j'explique la chose en invoquant, outre le nombre des cinq témoins, un argument que je crois nouveau : c'est que les anciens questeurs de l'*aerarium* devenaient les présidents du tribunal centumviral(2), ce qui ne s'expliquerait guère en dehors d'une corrélation entre ces deux fonctions. Cette corrélation apparaît du reste évidente : les questeurs géraient les intérêts de l'*aerarium* en qualité de fonctionnaires administratifs; ils en devenaient les représentants, dans leur position nouvelle, à titre de fonctionnaires judiciaires. Au point de vue des intérêts du trésor public, on comprend fort bien que l'on ait pu, en exigeant l'intervention de cinq témoins, donner au *nexum* le caractère d'un acte d'intérêt public, et l'on comprend aussi que la *manus injectio* pratiquée par suite de cet acte ait été déférée à la juridiction du tribunal populaire, qui avait à surveiller les intérêts du peuple dans l'administration de la justice; mais sous le rapport juridique la classification du *nexum* parmi les *causae centumvirales* reste une véritable énigme. Toutes les autres *causae centumvirales* ont pour objet des rapports que protège une *in rem actio*, tels la propriété, les servitudes, la succession, ou qui apparaissent comme des modes d'acquisition ou d'établissement de ces droits(3). Le *nexum* au contraire représente un rapport d'obligation. Comment figure-t-il au

(1) BETHMANN HOLLWEG, Zeitsch. f. gesch. Rechtsw. V. p. 337.

(2) SUETONE Aug. 36... *centumviralem hastam, quam quæstura functi consuerant cogere.*

(3) Propriété : *jura usucapionum, mancipiorum; alluvionum, circumluvionum*. Servitudes : *parietum, luminum, stillicidiorum*. Successions : *testamentorum ruptorum aut ratorum*. Comme condition de l'acquisition du droit de succéder : *agnationum, gentilitatum*. Comme condition de l'établissement des droits en question et aussi comme objet de la *vindicatio* (comme le prouve *l'in jure cessio*): *tutelarum*.

milieu des droits réels? Loin d'avoir été résolue, cette question n'a même jamais été posée(1). Je crois, moi, y avoir répondu (p. 93 s.). Le *nexum* établit le pouvoir de la *manus* sur un homme libre, comme le fit plus tard le *mancipium*. Or le *nexum* venant à être contesté, l'action utile se trouvait dans la *vindicatio*. Celle-ci ne visait pas le débiteur comme sujet *(in personam)*, mais comme objet *(in rem)*. C'est pourquoi cette action, au même titre que toutes les vindications, relève du tribunal centumviral. Et même lorsque plus tard le débiteur fut autorisé à contester, lui-même personnellement, la débition de la dette *(manus injectio pura)*, l'ancien symbolisme de la *manus* fut théoriquement conservé. Sa contestation de la dette était techniquement désignée comme *manum sibi depellere*, c'est-à-dire qu'il contestait la *manus* et non la dette *(dare non oportere)*. Au point de vue juridique, la chose était comme si l'esclave ou l'individu *in mancipio* eussent été admis à revendiquer leur liberté.

La conséquence de cette manière de voir est que le *nexum* touche à l'intérêt du peuple. Mais comment? Serait-ce seulement en ce sens qu'un homme avait au cou la corde qui devait l'étrangler, qu'il pouvait être privé de sa liberté, de la vie même, et qu'ainsi le peuple romain allait perdre un

(1) Bethmann Hollweg l. c. p. 369. 370, esquive la question d'une manière à peine croyable. « *Jura usucapionum, alluvionum, circumluvionum,* « *mancipiorum, nexum* ne désignent autre chose que la propriété que l'on « acquiert par usucapion, alluvion ou mancipation ». Où reste donc, sans parler des *circumluvionum* (ce qui se rapporte non à l'*acquisition,* mais à la protection de la propriété, et fait partie du droit de voisinage) le *nexum?* Ce n'est pas un mode d'acquisition de la propriété, et Bethmann Hollweg ne s'est pas aventuré à le citer, il se borne à le passer sous silence; Keller lui-même, Römischer Civilprozess § 6, d'après lequel la compétence du tribunal se limitait originairement aux seules affaires successorales, pour embrasser plus tard « le domaine tout entier des revendications », suit son exemple. De même d'après Huschke, Verfassung des Servius Tullius, p. 560, « les contestations sur des obligations ne « pouvaient se traiter devant la juridiction centumvirale ».

citoyen? Cela seul suffirait pour établir quel était l'intérêt public qui s'attachait au *nexum* et expliquer la compétence de la juridiction centumvirale. Mais il est possible qu'un autre intérêt vint s'ajouter : celui de l'*aerarium*. Celui qui conclut un *nexum* comme créancier, fait publiquement connaître le montant de son capital, et partant le Censeur possède une base pour le cotiser à l'impôt. Cette révélation, il ne doit pas la faire, il peut recourir à un simple prêt privé *(mutuum)*, affaire de confiance *(creditum)*, mais alors le droit ne le protège pas autrement qu'en mettant le débiteur dans l'alternative de payer la dette ou de la nier sous serment; la preuve par témoins ou par écrit n'est pas admise. Celui qui veut se ménager une preuve contre les dénégations du débiteur doit passer par la forme établie par la loi : celle du *nexum*. L'homme d'affaires la choisit de préférence, le commerce financier y a recours, et c'est même une branche de commerce, car les intérêts y forment partie essentielle, tandis que le simple prêt n'est en usage que pour le commerce avec l'étranger, et ne donne pas droit aux intérêts(1). Or tout négoce productif peut être imposé par l'État, celui du financier comme celui de l'agriculteur. Quant au premier, si le Censeur a des motifs de suspecter ses déclarations, les témoins n'auront pas de peine à établir ses bénéfices annuels.

Si mon hypothèse est juste, il reste établi pour l'époque ancienne, que tous les actes juridiques qui ont la *manus* pour objet touchent à l'intérêt du peuple, puisqu'ils intéressent le cens, et que par conséquent ils doivent être rendus publics (p. 101 et 109). Le droit rend cette publicité inévitable, en attachant la protection juridique que ces actes ne peuvent obtenir que devant la juridiction populaire, à leur conclusion devant cinq témoins, les représentants du peuple qui les prend sous sa garantie.

(1) Comp. Les Indo-Européens avant l'histoire, p. 225.

TABLE DES MATIÈRES.